

VU Research Portal

Zwevend Recht

van Veen, W.J.M.

2008

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

van Veen, W. J. M. (2008). *Zwevend Recht*. Kluwer.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Zwevend Recht

ZWEVEND RECHT

Rede

In verkorte vorm uitgesproken bij
de aanvaarding van het ambt
van hoogleraar Vennootschaps- en Rechtspersonenrecht
aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid
van de Vrije Universiteit Amsterdam op
3 december 2008

door

Mr. W.J.M. van Veen

KLUWER DEVENTER 2008

Ontwerp omslag: Pieter, Flora en Willem van Veen

ISBN 978 90 13 06280 9
NUR 827-715

© W.J.M. van Veen 2008

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag zonder voorafgaande toestemming van de uitgever worden verveelvoudigd of openbaar gemaakt.

Voorzover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet 1912 jo. Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Kluwer BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst. De gegevens kunnen door Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

Op al onze aanbiedingen en overeenkomsten zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Kluwer BV, gedeponeerd ter griffie van de Rechtbank te Amsterdam op 6 januari 2003 onder depotnummer 3/2003. Een exemplaar van deze voorwaarden zal op eerste verzoek gratis worden toegezonden.

Mevrouw de Rector, dames en heren,

De leeropdracht die mij is toevertrouwd, luidt het vennootschaps- en rechtspersonenrecht, in het bijzonder fusie en overname. Dat is een breed werkterrein. Mijn rede heeft daarom betrekking op een breed thema. De verhouding van het vennootschaps- en rechtspersonenrecht tot het vermogensrecht. Een thema dat ook relevant is bij de overgang van ondernemingen. Uiteindelijk hangt alles met elkaar samen. Dat is in het recht niet anders.

In 1947 werd aangevangen met een ambitieus en belangwekkend project. In dit jaar werd aan de Leidse hoogleraar Meijers opdracht gegeven tot het ontwerpen van een nieuw Burgerlijk Wetboek.¹ De centrale doelstelling was het tot stand brengen van een coherent en systematisch opgezet privaatrecht. Een van de uitgangspunten daarbij was en is – het project is nog niet afgerond – het opheffen van het onderscheid tussen het burgerlijk recht en het handelsrecht.

Voor het vennootschapsrecht, dat werd gerekend tot het handelsrecht, betekende dit dat de in het Wetboek van Koophandel opgenomen regelingen, moesten worden overgebracht naar het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Met betrekking tot het rechtspersonenrecht – dat verspreid over verschillende wetten was vastgelegd – werd meer coherentie en consistentie nagestreefd door de desbetreffende wettelijke regelingen samen te brengen in het tweede Boek van het Burgerlijk Wetboek, en daarin een afdeling met algemene bepalingen op te nemen, die geldt voor alle rechtspersoonvormen. In dezelfde lijn ligt het voornemen om de regeling van de personenvennootschappen die thans nog verspreid is over het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Koophandel, in één titel, titel 7.13, in het Burgerlijk Wetboek op te nemen.

Met het samenbrengen en systematiseren van het vennootschaps- en rechtspersonenrecht is niet beoogd dit rechtsgebied een eigen, van het vermogensrecht afgezonderde positie te geven. Integendeel. Het vermogensrecht neemt in de systematiek van het Burgerlijk Wetboek, en daarmee in het burgerlijk recht, een centrale plaats in. De in het vermogensrecht opgenomen begrippen en rechtsregels werken onder meer ook door op het terrein van het vennootschaps- en rechtspersonenrecht. Dit geldt zowel voor onderwerpen die niet vermogensrechtelijk van aard zijn als voor onderwerpen die wel vermogensrechtelijk van aard zijn.

Zo is bij de invoering van het huidige Burgerlijk Wetboek in 1992 ten aanzien van de in het contractenrecht gefundeerde personenvennootschap bepaald dat zij na haar ontbinding hoofdzakelijk wordt beheerst door de algemene vermogensrechtelijke regeling betreffende de gemeenschap.² Voor wat betreft het rechtspersonenrecht kan er bijvoorbeeld op worden gewezen dat ten aanzien van niet-vermogensrechtelijke rechtshandelingen – zoals de oprichting van een rechtspersoon, het uitoefenen van het stemrecht en het totstandkomen en aantasten van besluiten – aansluiting is

1. KB van 25 april 1947, no. 20.

2. Zie art. 3:189 BW.

gezocht bij het begrippenkader uit het algemene vermogensrecht. Voor zover echter onverkorte toepassing van de vermogensrechtelijke regels, gezien het rechtspersonenrechtelijke karakter van de rechtshandeling niet tot goede resultaten zou leiden,³ is een aangepaste regeling ontworpen.⁴

Voor wat betreft vermogensrechtelijke aspecten die verband houden met vennootschaps- of rechtspersonenrechtelijke verhoudingen – zoals de aansprakelijkheid van vennoten in een personenvennootschap tot vergoeding van schade wegens wanprestatie, de aansprakelijkheid van bestuurders wegens onbehoorlijke taakvervulling of onrechtmatig handelen en de verplichting van een lid tot betaling van contributie – ligt in de opzet van het Burgerlijk Wetboek besloten dat hierop de regels en beginselen van het vermogensrecht van toepassing zijn. Hiermee wordt coherentie en consistentie gerealiseerd. Toch kan afwijking van het algemene vermogensrecht ook ten aanzien van deze vermogensrechtelijke aspecten geïndiceerd zijn. Dit kan zich voordoen als onverkorte toepassing van de vermogensrechtelijke normen, het goed functioneren van vennootschappen of vennootschapsrechtelijke regels en beginselen belemmert.

Een voorbeeld hiervan is de normering die geldt voor aansprakelijkheid van bestuurders van rechtspersonen wegens onbehoorlijke taakvervulling. Het is ook in het belang van de rechtspersoon dat niet te snel onbehoorlijke taakvervulling kan worden aangenomen. Hierdoor wordt voorkomen dat bestuurders zich in onwenselijke mate door defensieve overwegingen laten leiden. Daarom geldt voor het aannemen van aansprakelijkheid van een bestuurder de – in vergelijking tot gewone wanprestatie of onrechtmatige daad – verzwaarde eis van ernstige verwijtbaarheid ter zake van de verweten onbehoorlijke taakvervulling. Om goed te functioneren moet deze norm daarom ook gelden in de relatie tot aandeelhouders als laatstgenoemden de bestuurder in hoedanigheid aansprakelijk stellen wegens onrechtmatige daad.⁵ Op dit punt is er dus een duidelijke grond om van de vermogensrechtelijke normering af te wijken.

3. Ik noem als voorbeelden dat (i) nietigheid van de oprichtingshandeling slechts in enkele gevallen leidt tot nietigheid van de oprichting (art. 2:4 BW); (ii) een uitgebrachte stem niet kan worden vernietigd (art. 2:13 BW); (iii) buitengerechtelijke vernietiging van besluiten niet mogelijk is (art. 2:15 BW); (iv) een vordering tot vernietiging van een besluit op straffe van verval binnen een jaar moet worden ingesteld (art. 2:25 BW); en (v) een juridische fusie of splitsing alleen met rechterlijke tussenkomst kan worden vernietigd, met een vervaltermijn van zes maanden na nederlegging van de akte van fusie of splitsing (art. 2:323/334u BW).
4. De invoering van de Boeken 3, 5 en 6 BW is dan ook niet zonder betekenis geweest voor het vennootschaps- en rechtspersonenrecht. Zie voor een overzicht T.J. van der Ploeg (red.), *Nieuw vennootschaps- en rechtspersonenrecht*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1992, met bijdragen van F.J.P. van den Ingh, H.J. de Kluiver, C.H.C. Overes, T.J. van der Ploeg en W.J.M. van Veen.
5. Zie HR 20 juni 2008, LJN BC4959. De Hoge Raad overwoog in dezelfde lijn het volgende: ‘Evenals de omstandigheid dat is gehandeld in strijd met statutaire bepalingen die de rechtspersoon beogen te beschermen, in beginsel aansprakelijkheid van de bestuurder tegenover de vennootschap meebrengt (HR 29 november 2002, nr. C 01/096, *NJ* 2003, 455), heeft in het kader van een aansprakelijkheidsprocedure als in dit geding aan de orde, te gelden dat de omstandigheid dat is gehandeld in strijd met statutaire bepalingen →

Wat ik in mijn rede aan de orde wil stellen, is dat ik de indruk heb dat het vennootschaps- en rechtspersonenrecht, ook ten aanzien van aangelegenheden die vermogensrechtelijk van aard zijn, steeds meer vervreemdt van het vermogensrecht. Ook zonder dat dat noodzakelijk is vanuit vennootschaps- of rechtspersonenrechtelijk oogpunt. Als de systematiek en grondslagen van het vermogensrecht zonder noodzaak daartoe worden losgelaten, leidt dit er licht toe dat de gevonden oplossingen in de lucht komen te hangen. Daarom duid ik dit verschijnsel aan als zwevend recht.

Hoewel het luchtig klinkt, zwevend recht, heb ik mijn bedenkingen bij de totstandkoming daarvan. Systematiek en consistentie zijn belangrijk om de implicaties van een bepaalde gebeurtenis of handeling te kunnen duiden. Als de banden met het vermogensrecht onnodig worden losgelaten, leidt dat tot rechtsonzekerheid, hetgeen op zich al onwenselijk is. Maar het kan ook leiden tot uitkomsten die onpraktisch zijn, willekeurig aandoen, niet appeleren aan het rechtsgevoel en die soms niet anders verklaard kunnen worden dan doordat het nu eenmaal zo is volgens de wetgever of rechter. Dit alles is onbevredigend.

Ik wil dit illustreren aan de hand van recente wetsvoorstellen en jurisprudentie. De onderwerpen betreffen het wetsvoorstel tot regeling van de personenvennootschappen, de vertegenwoordiging van rechtspersonen in gevallen van tegenstrijdig belang en de jurisprudentie ten aanzien van de storting op aandelen.

Het wetsvoorstel inzake de personenvennootschap

Het wetsvoorstel inzake de personenvennootschap stel ik als eerste aan de orde. De huidige regeling van de personenvennootschap is deels opgenomen in het Burgerlijk Wetboek, deels – voor wat betreft de vennootschap onder firma en de commanditaire vennootschap – in het Wetboek van Koophandel. Hierin herkent u een van de laatste voorbeelden van het oude onderscheid tussen het handelsrecht en burgerlijk recht. Het wetsvoorstel voorziet er in dat de regeling van de personenvennootschap in haar geheel wordt opgenomen in het Burgerlijk Wetboek.

De personenvennootschap is – ook volgens het wetsvoorstel voor titel 7.13 BW – een contractuele samenwerkingsvorm. Het ligt daarom voor de hand om bij de uitwerking van de regeling van de personenvennootschap zoveel mogelijk aansluiting te zoeken bij beginselen, concepten en regelingen uit het vermogensrecht waaronder het contractenrecht. Toch verschilt het wetsvoorstel juist op deze punten van het huidige recht.

Als voorbeeld noem ik de regeling betreffende de verplichting tot vergoeding van schade voor wanprestatie of een onrechtmatige daad waarvoor de vennoten verantwoordelijk zijn. De regel in het vermogensrecht is dat wanneer twee of meer personen aansprakelijk zijn voor vergoeding van dezelfde schade, de verplichting hiertoe

die een individuele aandeelhouder beogen te beschermen, in beginsel aansprakelijkheid van de bestuurder tegenover die individuele aandeelhouder meebrengt. Indien de aldus aangesproken bestuurder echter feiten en omstandigheden heeft aangevoerd op grond waarvan zou kunnen worden aangenomen dat het gewraakte handelen in strijd met de statutaire bepalingen niet een ernstig verwijt oplevert, dient de rechter deze feiten en omstandigheden uitdrukkelijk in zijn oordeel te betrekken.’

hoofdelijk is (art. 6:102 BW). Deze regeling is opgenomen in het belang van de gelaedeerde, opdat hij zich ter verkrijging van vergoeding van de geleden schade tot één van de aansprakelijke personen kan wenden.⁶ Volgens de minister zijn echter onder de nieuwe regeling de vennoten van een stille vennootschap voor het betalen van schadevergoeding, niet hoofdelijk maar voor gelijke delen aansprakelijk.⁷ Hierbij merk ik op dat het bestaan van een stille vennootschap voor derden niet kenbaar hoeft te zijn.⁸

De nieuwe regeling brengt dus mee dat een wederpartij die meent een van de betrokken personen tot vergoeding van de schade wegens bijvoorbeeld wanprestatie te kunnen aanspreken, geconfronteerd kan worden met het verweer dat de gedaagde vennoot is in een stille vennootschap en dat de gedaagde daarom slechts voor een gedeelte van de schade kan worden aangesproken. Was er geen sprake geweest van een (stille) vennootschap, dan was de gedaagde wel voor het geheel aansprakelijk geweest. Wat kan hier nu de reden voor zijn? Ik weet het niet. Een nadere toelichting op dit punt ontbreekt en een steekhoudend argument kan ik niet bedenken.

Meer structureel van aard is wellicht dat in de nieuwe regeling in plaats van bij het vermogensrecht meer aansluiting is gezocht bij het rechtspersonenrecht. In het oorspronkelijke ontwerp kwam dit ook tot uitdrukking in de wetstechniek. Het uitgangspunt van het rechtspersonenrecht is dat een gegeven regel dwingendrechtelijk van aard is, behoudens waar uit de wettekst blijkt dat afwijken van de regel is toegelaten.⁹ Dit uitgangspunt is in de regeling van de personenvennootschap weliswaar los gelaten, maar de regeling bevat nog steeds meer dwingend recht dan naar huidig recht het geval is en meer dan goed is. Er is hiermee een bepaalde systematiek ontworpen die niet goed past bij de contractuele fundamenten van de personenvennootschap. Dit leidt tot fricties waarvan ik er een aantal aan de orde zal stellen.

Als eerste noem ik dat volgens de nieuwe regeling de positie van vennoot, anders dan naar huidig recht, niet meer voor overgang vatbaar zal zijn.¹⁰ Naar huidig recht wordt het beginsel geëerbiedigd dat een contractpositie – ook die van vennoot – kan worden overgedragen door middel van contractsovername of onder algemene titel, bijvoorbeeld krachtens erfrecht,¹¹ kan overgaan. Zoals gezegd, breekt de nieuwe regeling hiermee.

6. Asser-Hartkamp 4-I, nr. 458.

7. Zie MvT, *Kamerstukken II* 28 746, nr. 3, p. 19.

8. De stille vennootschap is gedefinieerd als de vennootschap die niet een openbare vennootschap is. Zie art. 7:801.

9. Art. 2:25 BW.

10. Zie art. 7:818 lid 1, waarin is bepaald dat een vennootschap ten aanzien van een uitgetreden vennoot wordt ontbonden. Op grond van het vierde lid van dit artikel, kan van het bepaalde in het eerste lid niet worden afgeweken.

11. Voor de overgang krachtens erfrecht kan worden verwezen naar art. 7A:1688 BW. De regeling van juridische fusie en -splitsing van rechtspersonen kent geen specifieke regeling betreffende de overgang van contractpositie van vennoot, maar het leidt mijns inziens geen twijfel dat naar analogie met art. 7A:1688 BW, de positie van vennoot met instemming van de overige vennoten krachtens juridische fusie of -splitsing op de verkrijgende vennootschap kan overgaan. Zie hierover nader W.J.M. van Veen, Preadvies KNB 2005, p. 174 e.v.

Het tweede punt dat ik wil noemen, betreft de regeling die van toepassing is op de vereffening van een ontbonden vennootschap. Naar huidig recht is hierop de regeling betreffende de (bijzondere) gemeenschap van toepassing. Een in het algemene vermogensrecht (titel 3.7 BW) verankerde regeling, waarin het uitgangspunt is dat de vereffening primair een aangelegenheid is tussen de deelgenoten in de gemeenschap. Hierbij staat daarom voorop dat de verhoudingen tussen de gewezen vennoten moeten worden afgewikkeld. Bij de nieuwe regeling staat echter de afwikkeling van de relatie met crediteuren van de vennootschap op de voorgrond. De regeling lijkt in dit opzicht op de regeling die geldt voor ontbonden rechtspersonen. Het is, anders dan de huidige regeling, een regeling gericht op liquidatie van het vennootschappelijke vermogen en daarmee van de onderneming.

In hoofdlijnen is de huidige regeling aldus dat de gewezen vennoten kunnen vorderen dat gemeenschappelijke goederen te gelde worden gemaakt ter voldoening van gemeenschappelijke schulden.¹² Voorts kunnen zij verdeling van de gemeenschappelijke goederen vorderen in welk verband ook kan worden geëist dat de gemeenschappelijke crediteuren worden voldaan voordat tot verdeling wordt overgegaan.¹³ De zaakscrediteuren hebben een bevoorrechte verhaalspositie op de gemeenschappelijke goederen.¹⁴ Zij hebben in dat verband tevens het recht om zich tegen een voorgenomen verdeling te verzetten.¹⁵ De regeling laat derhalve toe dat de onderneming wordt overgedragen of wordt voortgezet door een van de gewezen vennoten, zonder dat alle gemeenschappelijke schulden zijn voldaan of alle vorderingen zijn geïnd. Er geldt bovendien geen verplichting om kenbaar te maken dat de vennootschap ‘in liquidatie’ is, al bestaat de mogelijkheid daartoe wel. Het al dan niet voeren van de aanduiding ‘in liquidatie’ kan overigens wel gevolgen hebben voor de externe aansprakelijkheid van de gewezen vennoten.¹⁶

De nieuwe regeling heeft de nodige consequenties in het geval dat bedrijfsvoortzetting is beoogd. Het vooruitzicht op succesvolle bedrijfsvoortzetting wordt door de nieuwe regeling onder meer negatief beïnvloed doordat alle bekende crediteuren per brief moeten worden opgeroepen om hun vorderingen binnen twee maanden bij de vereffenaars aan te melden. Voor wat betreft de vennootschappen die onder een gemeenschappelijke naam opereren, komt daar nog bij dat de aanduiding *in liquidatie* moet worden gevoerd en dat van de ontbinding kennis wordt gegeven in de

12. Zie art. 3:174 BW. Ten aanzien van de vof en de cv kunnen de gewezen vennoten bovendien door de vereffenaar(s) worden aangesproken een bedrag te storten ter aanzuivering van een eventueel tekort in de liquidatiekas. Zie art. 33 WvK.

13. Zie art. 3:178 en 3:179 BW.

14. Zie art. 3:192 BW.

15. Zie art. 3:193 BW. Is na dit verzet een verdeling tot stand gekomen, dan is deze vernietigbaar. De vordering hiertoe kan alleen worden ingesteld door de crediteur die zich tegen de verdeling heeft verzet. Vernietiging kan niet verder worden gevorderd dan nodig is tot opheffing van de door hem ondervonden benadeling.

16. Vgl. HR 8 juni 1990, *NJ* 1990, 607 (Kruithof-Wittenberg) waarin is bepaald dat na ontbinding, de vertegenwoordigingsbevoegdheid niet langer wordt beheerst door art. 17 WvK, maar door de regeling van titel 3.7 BW. In het verlengde hiervan moet m.i. worden aangenomen dat ook de uit vertegenwoordiging voortvloeiende aansprakelijkheid wordt beheerst door de regeling van titel 3.7 BW en niet langer door art. 18 WvK.

Staatscourant. Het uitgangspunt is verder dat pas nadat de verhoudingen met de crediteuren zijn afgewikkeld, hetgeen aan activa is overgebleven onder de gewezen vennoten mag worden verdeeld. Dat het doorlopen van deze regeling een succesvolle bedrijfsvoortzetting niet ten goede komt, behoeft geen nadere toelichting.

In grote lijnen is de nieuwe regeling aldus dat: (i) de vennootschap na ontbinding door daartoe aangewezen of benoemde vereffenaars moet worden vereffend en afgewikkeld (ii)¹⁷ de vereffenaars moeten optreden onder vermelding van hun hoedanigheid; (iii)¹⁸ ten aanzien van de OV(R) en CV(R) de aanduiding *in liquidatie* moet worden gevoerd; (iv) de schuldeisers van de OV(R) en CV(R) door middel van een aankondiging in de *Staatscourant* moeten worden opgeroepen om hun vorderingen binnen twee maanden in te dienen bij de vereffenaars; (v) bovendien alle bekende schuldeisers bij brief moeten worden opgeroepen om hun schulden in te dienen; (vi)¹⁹ de vereffening pas is geëindigd nadat alle bekende schuldeisers zijn voldaan en een eventueel overschot is verdeeld onder de gewezen vennoten, dan wel, de gewezen vennoten alle bijdragen waartoe zij zijn verplicht, hebben voldaan.²⁰ Pas hierna kan de vennootschap worden uitgeschreven uit het handelsregister.²¹

Deze liquidatieregeling stelt eisen die zelfs bij ontbinding van rechtspersonen niet worden gesteld, zoals de aankondiging in de *Staatscourant*. De liquidatieregeling die geldt voor rechtspersonen mist bovendien toepassing als er geen baten zijn en als de rechtspersoon wordt ontbonden ingeval van fusie of splitsing. Deze mogelijkheden zijn er niet voor personenvennootschappen. Ik kom hierop terug.

De vraag komt op waarom deze regeling dan moet worden ingevoerd. De huidige regeling voldoet immers prima. Uit de praktijk, literatuur of jurisprudentie zijn mij in ieder geval geen problemen bekend. Desondanks werd in de memorie van toelichting als bezwaar tegen de huidige regeling aangevoerd dat zij ingewikkeld is en slecht zou passen bij de vereffening van een vennootschap.²²

De te beantwoorden vraag is echter waarom een regeling gericht op *liquidatie* van het ondernemingsvermogen noodzakelijk is. Een aanleiding voor een liquidatieregeling zoals voorgesteld in de nieuwe regeling, zou kunnen bestaan indien na de afwikkeling van de vennootschap geen verhaal meer zou kunnen worden genomen voor vorderingen die niet in de afwikkeling zijn betrokken.²³ Maar deze situatie doet zich bij personenvennootschappen – anders dan bij rechtspersonen – niet voor. De gewezen vennoten blijven elk persoonlijk aansprakelijk voor de verbintenissen waarvoor zij voordien aansprakelijk waren. Er is daarom geen noodzaak om ontbonden personenvennootschappen aan een liquidatieregeling te onderwerpen.

17. Art. 7:825.

18. Art. 7:826 lid 2.

19. Art. 7:830.

20. Art. 7:830.

21. Art. 7:831.

22. Zie MvT, *Kamerstukken II* 28 746, nr. 3, p. 45.

23. Dit doet zich bijvoorbeeld voor bij de vereffening van het vermogen van rechtspersonen (art. 2:23 e.v. BW), zij het dat onder omstandigheden heropening van de vereffening mogelijk is, en de vereffening van een nalatenschap die beneficiair is aanvaard (art. 4:202 e.v. BW). Vandaar dat voor deze gevallen een stringente liquidatieregeling passend is.

De betere benadering is daarom naar mijn mening de benadering die ligt besloten in het huidige recht.²⁴ Hierin is het uitgangspunt dat het vermogen van de ontbonden vennootschap weliswaar moet worden afgewikkeld tussen de gewezen vennoten, maar dat dit niet gepaard hoeft te gaan met liquidatie van het ondernemingsvermogen. Er wordt daardoor aan betrokkenen de nodige vrijheid gelaten om te bepalen hoe de verhoudingen het best tot afwikkeling kunnen worden gebracht.

Deze kwestie is ook door de Eerste Kamer aan de orde gesteld.²⁵ In reactie daarop heeft de minister weliswaar erkend dat de regeling tot ongewenste gevolgen kan leiden, maar dat hij haar desondanks, zij het met enige aanpassingen gericht op het wegnemen van de bezwaren, zal handhaven.

De minister vond handhaving wenselijk omdat de nieuwe regeling zijns inziens beter geordend is en meer recht doet aan de belangen van crediteuren.²⁶ De minister suggereert bovendien dat de huidige regeling een succesvolle bedrijfsvoortzetting op ieder ogenblik kan verstoren. Hiertoe wijst hij op de bevoegdheden die aan de gewezen vennoten en crediteuren zijn toegekend.

Inderdaad kent titel 3.7 BW een ingenieuze regeling waarin met de belangen van verschillende betrokkenen rekening is gehouden. In dit verband zijn aan hen specifieke bevoegdheden toegekend. Dit maakt de regeling nog niet ongeordend. De vraag is overigens of de nieuwe regeling minder complex en 'ongeordend' is en de belangen van crediteuren beter waarborgt. Bij dit laatste punt kan als eerste de kanttekening worden geplaatst dat het er maar vanaf hangt naar welke crediteuren men kijkt. Mijns inziens is bijvoorbeeld in de nieuwe regeling te gemakkelijk aangenomen dat 'privé'-crediteuren van verhaal op het vermogen van de ontbonden vennootschap moeten worden buitengesloten. Ook niet-zaakcrediteuren hebben immers een gerechtvaardigd belang bij voldoening van hun vorderingen. Het kunnen uitwinnen van gemeenschappelijke goederen is daartoe een nuttig instrument, al was het maar om de afwikkeling van een ontbonden vennootschap te kunnen bespoedigen. Doordat hen deze mogelijkheid wordt ontnomen, wordt in ieder geval deze categorie crediteuren in een nadeliger positie gebracht ten opzichte van de huidige regeling.

Terugkomend op het (on)geordende karakter van de regeling, het volgende. Wordt de onderneming na algehele ontbinding voortgezet op de voet van art. 7:831a, dan kunnen niet-zaakcrediteuren weer wél verhaal nemen op vermogensbestanddelen die uit de boedel van de ontbonden vennootschap worden verkregen door de voortzettende vennoot. Een zaakcrediteur van de ontbonden vennootschap zal dan vervolgens alsnog liquidatie kunnen vorderen van het gehele ondernemingsvermogen. Dit kan hij doen om zijn verhaalspreferentie veilig te stellen maar ook als hij vindt dat de voortzetter de zaken niet goed aanpakt.²⁷

24. Dat de nieuwe regeling te prefereren zou zijn boven de huidige regeling, wordt overigens als ik het goed zie vrij breed in twijfel getrokken. Zie o.m. E.E.A. Luijten/W.R. Meijer, Het voorstel van wet tot vaststelling van titel 7.13 BW (vennootschap) en de 'verkoeking', *TvOB* 2007, p. 31-39; Ook M.J.A. van Mourik, Voortzetting van de familie-persoonvennootschap, *WPNR* 6647 (2005), p. 1006-1011, vindt de voorgestelde liquidatieregeling 'te zwaar aangezet'.

25. Nader voorlopig verslag, *Kamerstukken I* 28 746, nr. D, p. 5-6.

26. Nadere memorie van antwoord, *Kamerstukken I* 28 746, nr. E, p. 11.

27. Art. 7:831a lid 4.

De thematiek in de huidige – door de minister enigszins beschimpte – regeling waarin de verhaalsmogelijkheid van de privécrediteuren in het kader van de verdeling strijdt met de verhaalspreferentie van zaakcrediteuren en verstorend kan werken op een succesvolle bedrijfsvoortzetting komt derhalve in de nieuwe regeling in volle omvang terug, zij het alleen bij toepassing van art. 7:831a.²⁸ Als dit ten aanzien van het huidige recht ten grondslag ligt aan het standpunt dat sprake is van een ongeordende regeling, kan dit dan ook niet worden gezegd voor de nieuwe regeling?

Nog een opmerking over de verhaalspreferentie van de zaakcrediteuren op grond van de rangregeling die voor hen is voorzien in art. 7:831a lid 3. Men kan zich de vraag stellen of deze rangregeling wel zo redelijk is, mede gezien het feit dat ook de andere crediteuren – direct of indirect – de voortzetting van de onderneming hebben gefinancierd. Een interessante vraag is ook wat er met de rangregeling gebeurt als een ex art. 7:831a voortzettende vennoot het ondernemingsvermogen waarop de rangregeling van toepassing is, inbrengt in een nieuwe vennootschap. Dit is niet geregeld.

Bij de vraag of de regeling inderdaad in alle opzichten een betere bescherming aan crediteuren biedt en beter geordend is dan de huidige regeling, kunnen nog wat andere kanttekeningen worden geplaatst. Zo wordt een krachtens art. 7:831a – zoals dit ten tijde van het schrijven van dit stuk luidt – voortzettende vennoot uit privé-aansprakelijkheid ontslagen voor verbintenissen waarvoor hij vóór ontbinding in privé gedeeltelijk aansprakelijk was. De zaakcrediteuren leveren hier dus in vergelijking tot het huidige recht – en om mij onduidelijke redenen – een verhaalsmogelijkheid in.

Een ander punt in dit kader is dat in art. 7:831a lid 2, is bepaald dat bij voortzetting van de onderneming na ontbinding van de OVR of CVR door een gewezen vennoot de rechtspersoonlijkheid vervalt en de goederen waartoe de vennootschap gerechtigd was, moeten worden geleverd aan de voortzettende vennoot. Met het vervallen van de rechtspersoonlijkheid is er echter geen rechtspersoon meer en rijst de vraag wie rechthebbende is op deze vermogensbestanddelen. Volgens de algemene regels zou sprake zijn van een res nullius, met als gevolg dat bijvoorbeeld onroerende zaken vervallen aan de Staat (art. 5:24 BW). Wellicht moet deze bepaling maar zo worden gelezen dat eerst levering dient te geschieden aan de voortzettende vennoot en dat daarna de rechtspersoonlijkheid vervalt. Maar ook dit lost nog niet alle problemen op. Zo schrijft de regeling voor dat de goederen moeten worden geleverd door de gewezen besturende vennoten. Maar door wie moeten dan de goederen uit een ontbonden OVR/CVR worden geleverd bij voortzetting van de onderneming door een uit de fusie ontstane nieuwe rechtspersoon die de onderneming wil voortzetten? Volgens de regeling zijn dit de voormalige besturende vennoten, maar die hebben nu juist als gevolg van de fusie opgehouden te bestaan. Het is weliswaar mogelijk om bij of krachtens het vennootschapscontract een ander te machtigen, maar wat nu als partijen hebben verzuimd dit te doen? Men komt er dan alleen maar uit door aan te nemen dat de (vertegenwoordigings-?)bevoegdheid tot overdracht van de desbetreffende goede-

28. Het zou mij overigens niet verbazen als toepassing van art. 7:831a eerder regel dan uitzondering zal zijn, ook in gevallen waarin bedrijfsvoortzetting niet echt is beoogd. Dit komt omdat niet is voorgeschreven hoe lang de eenmanszaak moet worden voortgezet en bovendien een liquidatieregeling voor de eenmanszaak ontbreekt. De regeling van art. 7:831a biedt aldus een mogelijkheid om de liquidatieregeling te omzeilen. Weliswaar zal dan mijns inziens een zaakscriteur de actie van art. 7:831a lid 4 kunnen instellen, maar deze zal kunnen worden gepareerd door hem te voldoen.

ren (wel) voor overgang onder algemene titel vatbaar is (ook zonder dat dit in het contract is voorzien), opdat de verkrijgende vennootschap de desbetreffende goederen aan zichzelf kan (en moet) leveren. Fraai geregeld is dit niet.

Het ware beter geweest te bepalen dat bij ontbinding van de OVR/CVR – en het afleggen van haar rechtspersoonlijkheid, zie art. 7:823 – haar vermogen onder algemene titel overgaat op haar vennoten.

Dat de nieuwe regeling in vergelijking tot het nieuwe recht minder complex is, beter geordend is en meer recht doet aan de belangen van crediteuren, zou ik dan ook – het geheel overziende – niet willen zeggen.

Ik stelde juist deze twee punten – het uitsluiten van de mogelijkheid van overgang van de positie van vennoot en de introductie van de liquidatieregeling – aan de orde omdat zij implicaties hebben voor de mogelijkheden tot bedrijfsvoortzetting of -overname door een van de gewezen vennoten of door een derde. De te beantwoorden vraag is dan ook of men er in is geslaagd de bezwaren die aan de nieuwe regeling kleven, adequaat op te lossen.

Ik neem als voorbeeld de situatie waarin één van de vennoten na het uittreden van de andere vennoten de onderneming wil voortzetten met een nieuwe vennoot. Zoals gezegd, kan naar huidig recht de contractpositie van een vennoot overgaan op een andere persoon. De vennootschap kan daardoor ondanks de wisseling van vennoten voortbestaan ook als er bij een wisseling maar één van de oorspronkelijke vennoten partij blijft bij het vennootschapscontract.²⁹ In de praktijk functioneert het huidige recht op dit punt probleemloos.

In de voorgestelde regeling is echter het uitgangspunt dat de vennootschap steeds wordt ontbonden als er een vennoot uittreedt, ongeacht de oorzaak daarvan. De consequentie hiervan is dat als er maar één van de oorspronkelijke vennoten overblijft, voortzetting van het vennootschapscontract niet mogelijk is. Indien is beoogd dat de vennootschap in dat geval door de overgebleven vennoot wordt voortgezet met een nieuwe vennoot, leidt de nieuwe regeling tot ongewenste resultaten. Omdat er dan niet ten minste twee vennoten overblijven zou de vennootschap – de logica in dit systeem volgend – immers niet kunnen worden voortgezet maar in plaats daarvan moeten worden geliquideerd volgens de regels van de nieuwe, grondige liquidatieregeling. Dit zal als regel het einde van de onderneming inluiden.

De minister heeft – nadat hiervoor aandacht was gevraagd in de Eerste Kamer – onderkend dat dit inderdaad geen wenselijke situatie is en dat hiervoor een oplossing moet komen. In plaats van het wegnemen van de oorzaak van het probleem, is als oplossing bedacht dat de vennootschap in dat geval gedurende enige tijd voortbestaat met slechts één vennoot.³⁰ Een voor civilisten – en waarschijnlijk niet alleen voor civilisten – wonderlijke figuur omdat de personenvennootschap naar haar aard een overeenkomst is en men nu eenmaal geen overeenkomst met zichzelf kan hebben. De personenvennootschap met slechts één vennoot kan dus eigenlijk per definitie niet bestaan. Ook niet voor heel eventjes. Een typisch geval van zwevend recht.

De liquidatieregeling leidt ook tot onwenselijke gevolgen in andere gevallen waarin bedrijfsvoortzetting is beoogd. Het meest in het oogspringende voorbeeld hiervan is

29. Voor een uitwerking hiervan zie mijn preadvies, a.w. (noot 11), p. 162 e.v.

30. Art. 817 lid 1 sub c, waarover MvT, *Kamerstukken II* 31 065, nr. 3, p. 4.

wellicht het geval waarin een vennoot de onderneming na het uittreden van de andere vennoot of vennoten, zelfstandig wil voortzetten. De minister heeft ook dit in discussie met de Eerste Kamer onderkend en daarvoor een regeling getroffen. Dit heeft geleid tot een regeling – die is opgenomen in art. 7:831a – voor een tweetal situaties, waarin het mogelijk is om de onderneming voort te zetten zonder het doorlopen van de liquidatieregeling. Deze twee situaties betreffen het zojuist genoemde geval van voortzetting van de onderneming door een gewezen vennoot en de nogal specieuze situatie dat alle vennoten rechtspersonen zijn die door een juridische fusie opgaan in een nieuwe rechtspersoon. Ook deze nieuwe rechtspersoon mag dan de onderneming voortzetten zonder de liquidatieregeling te doorlopen.

Inderdaad maken deze voorzieningen de regeling werkbaarder. De vraag is echter waarom alleen voor deze twee situaties een uitzondering wordt gecreëerd. Ook na deze aanpassingen biedt de nieuwe regeling nog steeds niet dezelfde mogelijkheden voor succesvolle bedrijfsvoortzetting als de huidige.

De minister noemt daarvan zelf een voorbeeld. Dit betreft de situatie dat het beroep of bedrijf wordt voortgezet door een erfgenaam van een van de vennoten, die niet reeds voor ontbinding vennoot was.³¹ Een situatie die zich volgens de minister maar zelden zal voordoen, hoewel er in het erfrecht gedegen rekening mee is gehouden dat een erfgenaam de onderneming van de erflater zal willen voortzetten, maar dit terzijde. Voor deze situatie is geen regeling getroffen omdat, aldus de minister, de nalatenschap ook zal moeten worden afgewikkeld.³²

Ik vraag mij af of dit argument steekhoudend is. De afwikkeling van de ontbonden vennootschap gaat mijns inziens vooraf aan de afwikkeling van de nalatenschap. Na afwikkeling van de vennootschap blijkt wat er uit de boedel van de ontbonden vennootschap toekomt aan de nalatenschap en in de afwikkeling daarvan wordt betrokken. De regeling die geldt voor de vereffening van de nalatenschap doorkruist daarom de bedrijfsvoortzetting uit een ontbonden vennootschap niet. De erfgenaam die de onderneming wil voortzetten, zou dan ook zeer gebaat zijn met het buiten toepassing verklaren van de liquidatieregeling.

Buiten het voorbeeld dat de minister noemt, zijn er tal van andere situaties waarin bedrijfsvoortzetting door de nieuwe regeling wordt bemoeilijkt. De vennoten kunnen bijvoorbeeld ook hun samenwerking bij leven willen beëindigen en de onderneming verkopen aan een derde die geen vennoot is. Ook dan wordt de vennootschap beëindigd en zal de liquidatieregeling moeten worden doorlopen.

Ter vermijding van de liquidatieregeling zou in deze situatie eventueel het volgende kunnen worden overwogen. De koper treedt toe tot de vennootschap, waarna vervolgens alle andere vennoten uittreden en de koper de onderneming alleen voortzet op de voet van het zojuist genoemde art. 7:831a. Afgezien van het nogal gekunstelde karakter van deze constructie, kleven er ook wat nadelen aan. Ik noem als voorbeeld dat een crediteur van de ontbonden vennootschap op grond van dit wetsartikel, gedurende een bepaalde periode een verzoek kan richten tot de rechter om alsnog vereffening van het ondernemingsvermogen te bewerkstelligen, onder meer

31. MvT, *Kamerstukken II* 31 065, nr. 3, p. 8.

32. MvT, *Kamerstukken II* 31 065, nr. 3, p. 8.

als hij meent dat ‘koper’ de zaken niet goed aanpakt.³³ Voor de koper is dit geen aantrekkelijk vooruitzicht. Het gegeven dat de rechter de vordering niet behoeft toe te wijzen, is niet zonder meer geruststellend.

Een ander punt is dat in art. 7:831a is bepaald dat ook de crediteuren van de inmiddels ontbonden vennootschap verhaal kunnen nemen op de vermogensbestanddelen die door de koper zijn verkregen, ook voor zover de koper voordien niet jegens hen aansprakelijk was. Zij gaan daarbij bovendien in rang voor andere crediteuren van de koper.³⁴ Men kan zich de vraag stellen of dit nu wel zo redelijk is, aangezien de middelen om de onderneming te ‘kopen’ onttrokken zijn aan het vermogen van de koper. Een ander punt is dat ik mij ook kan voorstellen dat deze regeling de financiering van de overname kan bemoeilijken.

De voorgestelde regeling zal daarom een soepele overname van ondernemingen gedreven in de vorm van een personenvennootschap bepaald niet ten goede komen.³⁵

Een ander voorbeeld, dat in zekere zin een variatie is op het vorige, betreft het scenario dat de vennoten de onderneming willen inbrengen in een BV. In het algemeen gaat het dan om de situatie dat de vennoten de aandeelhouders en bestuurders worden van de BV. Men spreekt dan wel van de inbreng van de onderneming in een BV, of in juridisch niet geheel zuivere bewoordingen, de omzetting van de vennootschap in een BV. Bij een dergelijke inbreng wordt de vennootschap ontbonden. Voor deze situatie is in de nieuwe regeling echter geen regeling getroffen, zodat moet worden aangenomen dat de onderneming op deze manier niet meer kan worden ingebracht in een BV, althans niet zonder de liquidatieregeling te hoeven doorlopen.³⁶

Er is gesuggereerd dat de volgende constructie mogelijk is: alle vennoten wijzen de nieuw opgerichte BV aan als opvolger en brengen daarin allemaal hun aandeel in de vennootschap ter storting op aandelen in de BV. Deze geldt dan als opvolger en tegelijkertijd als voortzetter in de zin van art. 7:831a.³⁷ De nieuwe regeling biedt echter voor deze benadering onvoldoende steun. Opvolging is daarin immers een vorm van voortzetting van de vennootschap.³⁸ Denkbaar is wel dat de BV toetreedt en vervolgens de andere vennoten

33. Deze periode is drie maanden vanaf het moment dat de crediteur van de ontbinding op de hoogte is gesteld en in ieder geval zes maanden na de ontbinding van de vennootschap. Zie art. 7:831a lid 4.

34. Art. 7:831a lid 3.

35. Het is de vraag of men kan stellen dat de vennoten de onderneming mogen verkopen en overdragen en daarna de vennootschap ontbinden, zonder dat de koper eerst behoeft toe te treden. Als deze mogelijkheid binnen het kader van de voorgestelde regeling zou bestaan, dan brengt dit tevens mee dat de regeling die is opgetuigd in art. 7:831a BW, geheel terzijde kan worden gesteld. Het bouwwerk valt dan als een kaartenhuis ineen. Dit lijkt mij dan ook niet in overeenstemming te zijn met de wettelijke regeling.

36. Zie hierover W.J.M. van Veen, *Uittreden en voortzetting, toetreden en opvolging onder het wetsvoorstel vennootschap (ontwerp titel 7.13 BW)*, *JBN* 2008, nr. 7, p. 6; Chr.M. Stokkermans, *Omzetting van personenvennootschappen*, *V&O* 2008, p. 5; G.J.C. Lekkerkerker, *Van OV naar BV zonder OVR als tussenstap*, *JBN* 2008, nr. 41, p. 13.

37. R. Bosveld, *Omzetting van een openbare vennootschap met rechtspersoonlijkheid in een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid en vice versa*, *JBN* 2008, nr. 14, p. 7.

38. In deze zin ook G.J.C. Lekkerkerker, t.a.p. (noot 36).

uittreden waarbij de BV wordt aangemerkt als voortzetter in de zin van art. 7:831a. Het moment van ontbinden van de vennootschap zou wel onmiddellijk kunnen volgen op het moment van toetreden van de BV. Overigens zou ik niet willen zeggen dat het gegeven dat de inbreng in een BV alleen op deze gekunstelde wijze kan verlopen³⁹, pleit in het voordeel van de nieuwe regeling. Op de bezwaren die kleven aan de regeling van art. 7:831a heb ik hierboven al gewezen.

Voor de goede orde meld ik hierbij dat een personenvennootschap wel zonder civiel-rechtelijke kleerscheuren kan worden omgezet in een BV, als de personenvennootschap zelf rechtspersoonlijkheid bezit. Deze mogelijkheid wordt geïntroduceerd in de nieuwe regeling. Om van een personenvennootschap zonder rechtspersoonlijkheid in een BV te geraken zonder de liquidatieregeling te doorlopen, zal de vennootschap zich dus eerst moeten omzetten in een personenvennootschap met rechtspersoonlijkheid – dit vergt een aanpassing van de overeenkomst die moet worden vastgelegd in een notariële akte⁴⁰ – en vervolgens zal deze vennootschap zich moeten omzetten in een BV.⁴¹ Deze laatste omzetting vergt wederom een notariële akte, naast een verklaring van geen bezwaar, rechterlijke machtiging en een accountantsverklaring.

Het is uiteraard goed dat deze mogelijkheid er zal zijn. Hierbij past wel de kanttekening dat de ‘omzetting’ in een BV naar huidig recht aanmerkelijk eenvoudiger en daardoor minder prijzig is. Naar huidig recht behoeft voor de omzetting slechts één keer de gang naar de notaris te worden gemaakt en rechterlijke tussenkomst is niet nodig. Dat het nieuwe recht op dit punt leidt tot een verbetering, zou ik dan ook niet willen zeggen.

Het laatste voorbeeld dat ik wil noemen, is het geval dat twee vennootschappen met elkaar zouden willen samengaan in één vennootschap. Men zou dit een fusie kunnen noemen. Wat gebeurt er met de deelnemende vennootschappen bij een fusie? Ten aanzien van één van die vennootschappen zal als regel kunnen worden aangenomen dat zij niet wordt ontbonden, maar dat er slechts nieuwe vennoten toetreden. Ten aanzien van de andere vennootschap moet echter worden vastgesteld dat zij wordt ontbonden. En ontbinding activeert, zoals gezien, de liquidatieregeling. Volgens de nieuwe regeling zal daardoor in ieder geval één van de vennootschappen moeten worden geliquideerd en vereffend, voordat de beoogde fusie kan plaats vinden. Ook in dit geval dient liquidatie geen redelijk doel en leidt de nieuwe regeling – anders dan het huidige recht – niet tot het goede resultaat.

Samenvattend, brengt de nieuwe regeling van de personenvennootschap niet veel goeds op het gebied van bedrijfsopvolging, -overnames en fusies van ondernemingen gedreven in de vorm van een personenvennootschap. De oorzaak hiervan is uiteindelijk gelegen in het feit dat op essentiële punten de banden met het vermogensrecht zijn doorgesneden, zonder noodzaak daartoe.

39. Zo mogelijk nog bewerkelijker is het alternatief beschreven door Lekkerkerker, a.w. (noot 36), waarbij de vennoten zich eerst laten ‘opvolgen’ door een BV en deze BV’s vervolgens fuseren, waarna de verkrijgende BV de onderneming voortzet met toepassing van art. 7:831a.

40. Art. 7:832.

41. Art. 7:834.

Men kan zich natuurlijk de vraag stellen of het nu zo erg is dat de nieuwe regeling niet in alle gevallen tot even geslaagde resultaten leidt als het huidige recht. Men kan zich echter ook afvragen of het niet beter is om de huidige – in het vermogensrecht ingebedde – regeling te handhaven zodat het wel goed gaat, ook in die gevallen waarin de voorgestelde regeling niet tot bevredigende resultaten leidt. In het Engels bestaat een in dit verband toepasselijke uitdrukking: ‘If it ain’t broken, don’t fix it’.

Hieraan voeg ik toe dat met betrekking tot de rechtspersoonlijkheid bezittende personen-vennootschap een regeling zal moeten worden ontworpen die het vennootschapsvermogen leidt naar titel 3.7 BW. Dit kan bijvoorbeeld door te bepalen dat door ontbinding van de vennootschap, het vermogen van de vennootschap onder algemene titel overgaat op de gezamenlijke gewezen vennoten.

Vertegenwoordiging van rechtspersonen bij tegenstrijdig belang

Het tweede onderwerp dat ik aan de orde wil stellen, betreft de regels die gelden bij vertegenwoordiging van rechtspersonen in tegenstrijdigbelangsituaties. Hiermee doel ik op situaties waarin een bestuurder de rechtspersoon vertegenwoordigt bij het aangaan van een rechtshandeling met (of bij het voeren van een rechtsgeding tegen) zichzelf of een persoon waarmee hij persoonlijk (in privé of zakelijk) nauw is verbonden. Er geldt hiervoor een bijzondere regeling omdat de bestuurder in die gevallen in een loyaliteitsconflict kan komen te verkeren en daardoor mogelijk de belangen van de vennootschap niet goed zal behartigen.

De regeling is aldus dat een bestuurder als regel de rechtspersoon⁴² niet kan vertegenwoordigen in een tegenstrijdigbelangsituatie. Deze regel is niet absoluut. De bestuurder kan op grond van de statuten⁴³ of door machtiging van de algemene vergadering⁴⁴ vertegenwoordigingsbevoegdheid worden toegekend. Als een bestuurder vertegenwoordigingsbevoegdheid mist, kan dit aan de wederpartij worden tegengehouden, mits deze wist of behoorde te weten van de tegenstrijdigbelangsituatie.⁴⁵ In

42. Voor de goede orde merk ik op dat de rechtspraak betrekking heeft op kapitaalvennootschappen en niet op verenigingsachtigen en stichtingen. Naar mijn mening gelden deze regels naar analogie ook voor de andere rechtspersoonvormen. Zie W.J.M. van Veen, *Vertegenwoordiging door stichtings- (en verenigings)bestuurders bij tegenstrijdig belang revisited*, *TvOB* 2005, p. 175. In deze zin ook Dijk/Van der Ploeg, *Van vereniging en stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij*, 5e druk 2007, p. 234 e.v.

43. HR 21 maart 2008, *NJ* 208, 297 m.nt. Ma (Nieuwe Steen Investments).

44. Terzijde merk ik op dat mijns inziens moet worden aangenomen dat ook een orgaan dat op grond van de wet of statuten bevoegd is tot vertegenwoordiging in tegenstrijdig belangsituaties, de bestuurder machtiging kan verlenen om de rechtshandeling te verrichten. Bij vennootschappen gaat het dan als regel om de raad van commissarissen.

45. HR 11 september 1998, *NJ* 1999, 171 m.nt. Ma (Mediasafe II). In het geval vertegenwoordigingsbevoegdheid ontbrak, kan de algemene vergadering de rechtshandeling bekrachtigen. Zie HR 9 juli 2004, *NJ* 2004, 519 m.nt. Ma (Duplicado/Goedkoop qq). De vraag is wel gesteld of dit een verschrijving is van de Hoge Raad en dat hij heeft bedoeld dat de algemene vergadering door de bestuurder alsnog te machtigen, het gebrek heeft weggenomen. Naar mijn mening is niet onlogisch dat de rechtshandeling kan worden →

dit verband wordt wel gesproken van de ‘externe werking’ van de tegenstrijdig belangregeling.

In de literatuur wordt wel het standpunt ingenomen dat de externe werking die door de Hoge Raad is aangenomen, zou moeten worden afgeschaft. De tegenstrijdig-belangregeling zou in deze opvatting uitsluitend interne werking moeten hebben. Voor zover de rechtshandeling nadelig is voor de vennootschap, moet de vennootschap de bestuurder maar aanspreken tot vergoeding van de schade die door de rechtspersoon is geleden.⁴⁶

Als men de vergelijking maakt met de tegenstrijdigbelangregeling in het vermogensrecht, dan blijkt de externe werking echter niet zo vreemd te zijn. De regeling die het meest in aanmerking komt voor een vergelijking op dit punt, is de regeling die geldt bij de overeenkomst van opdracht. De rechtsbetrekking van een bestuurder met de rechtspersoon berust immers op een overeenkomst – aangegaan door de rechtspersoon en de bestuurder – waaruit voor de bestuurder een aantal taken en bevoegdheden voortvloeit, waaronder de bevoegdheid (en taak) om de rechtspersoon te vertegenwoordigen. Het bestuurderschap wordt daarom wel gezien als een verschijningsvorm van de overeenkomst van opdracht.⁴⁷

Het uitgangspunt in de regeling van opdracht is – evenals in het rechtspersonenrecht – dat de vertegenwoordiger in geval van tegenstrijdig belang, de principaal niet mag vertegenwoordigen. Voor wat betreft gevallen waarbij hij zelf de wederpartij is, geldt als regel dat hij niet bevoegd is tot vertegenwoordiging. In andere gevallen waarin hij een tegenstrijdig belang heeft bij de transactie, mag hij niet vertegenwoordigen. Doet hij dat toch dan wordt aangenomen dat hij als regel wel bevoegd is tot vertegenwoordiging, tenzij de bevoegdheid tot vertegenwoordiging in tegenstrijdigbelangsituaties hem is onthouden.⁴⁸

Uit de formulering dat de lasthebber niet ‘mag’ vertegenwoordigen, kan worden afgeleid dat de principaal wel gebonden is, maar de lasthebber wanprestatie pleegt door de rechtshandeling zonder instemming van de principaal te verrichten. Wel verliest de lasthebber

bekrachtigd. De algemene vergadering kan immers ook een machtiging verlenen om de rechtshandeling te verlenen en het verlenen van zo’n machtiging is mijns inziens in wezen ook een vertegenwoordigingshandeling. Het is dan niet vreemd dat de algemene vergadering ook een wegens tegenstrijdig belang onbevoegd verrichte rechtshandeling zelf kan bekrachtigen. Dit is dan een voorbeeld van vertegenwoordiging door de algemene vergadering bij besluit, zoals bijvoorbeeld ook aan de orde is bij benoeming en ontslag van bestuurders en de benoeming van de accountant belast met de controle van de jaarstukken.

46. Zie bijvoorbeeld Maeijer in zijn annotatie bij HR 14 juli 2006, *NJ* 2006, 570 en de door hem aangehaalde literatuur.

47. Zie o.m. T.M. Parlementaire Geschiedenis Boek 7 (inv.w. 3, 5 en 6), p. 306; Asser-Van der Grinten-Maeijer 2-II, nr. 42; Asser-Maeijer 2-III, nr. 307; Handboek, nr. 245. Als sprake is van een arbeidscontract wordt dit anders gezien. Aan analoge toepassing van de bepalingen betreffende opdracht doet dit echter niets af.

48. Zie bijvoorbeeld W.C.L. van der Grinten, *Lastgeving*, Monografieën Nieuw BW, B81 (1993), nr. 35. Zie ook Asser/Kortman/De Leede/Thunissen 5-III, nr. 144.

daardoor zijn recht op een beloning. Of dit er ook toe leidt dat de principaal altijd is gebonden, is de vraag. Zal in het geval dat de lasthebber niet met zichzelf maar met een vennootschap waarvan hij bestuurder is en alle aandelen houdt, de rechter zich formalistisch opstellen en oordelen dat dit valt in een andere categorie van tegenstrijdige belangen of zal hij oordelen dat gezien de strekking van de regeling deze situatie moet worden gelijkgesteld met selbsteintritt? Het laatste standpunt spreekt mij meer aan.⁴⁹

Beide regelingen laten dus toe om in gevallen van tegenstrijdig belang, vertegenwoordigingsbevoegdheid toe te kennen, te beperken of te onthouden. De huidige tegenstrijdigbelangregeling in het rechtspersonenrecht wijkt in dit opzicht niet wezenlijk af van de daarmee corresponderende regeling in het vermogensrecht.

Dit gegeven roept de vraag op waarom er dan stemmen opgaan om de externe werking van de tegenstrijdigbelangregeling geheel ongedaan te maken. Waarom zou een rechtspersoon de vrijheid moeten worden ontnomen om te bepalen of en zo ja onder welke omstandigheden een bestuurder in tegenstrijdigbelangsituaties bevoegd is de rechtspersoon te vertegenwoordigen, als dat in andere gevallen van 'opdracht' wel mogelijk is?

Ik heb mij de vraag gesteld of hiermee wellicht – wat men wel noemt – de eisen van het handelsverkeer zijn gemoeid. Maar ik denk niet dat daarin een bevredigende verklaring kan worden gevonden, omdat de onbevoegdheid slechts ingeroepen kan worden in het geval dat de wederpartij niet te goeder trouw was. Alleen een wederpartij die wist of behoorde te weten van de tegenstrijdigbelangsituatie, kan dit door de rechtspersoon tegengeworpen krijgen. In het burgerlijk recht – niet alleen in het vermogensrecht maar ook in het rechtspersonenrecht – is dit een algemeen aanvaard criterium om vanuit de eisen van het handels- rechtsverkeer ongewenste effecten van onbevoegdheid te ondervangen. De tegenstrijdigbelangregeling ligt hiermee op één lijn met de algemene regels van burgerlijk recht.

Bovendien kan de wederpartij in beginsel afgaan op de statuten, die openbaar zijn, bij de vaststelling of en onder welke omstandigheden de bestuurder bevoegd is om de rechtshandeling namens de rechtspersoon te verrichten.⁵⁰ Verder kan een onbevoegdheid worden geheeld door bekrachtiging en kan de wederpartij de rechtspersoon een redelijke termijn stellen om zich uit te spreken of de rechtshandeling zal worden bekrachtigd of niet. Bezien vanuit de eisen van het handelsverkeer, is er met externe werking van de tegenstrijdigbelangregeling naar mijn mening niets mis. De regeling berust in dit opzicht nog steeds op goede uitgangspunten.

49. Zie voor een nadere uitwerking W.J.M. van Veen, Vertegenwoordiging van rechtspersonen bij tegenstrijdig belang, *Ondernemingsrecht* 1999, p. 94-95.

50. De wederpartij mag echter als regel van de statutaire regeling uitgaan. Zie HR 21 maart 2008, *NJ* 2008, 297 m.nt. Ma (Nieuwe Steen Investments). Terzijde merk ik op dat dit m.i. impliceert dat als de algemene vergadering een ander heeft aangewezen als bijzonder vertegenwoordiger, de rechtspersoon is gebonden indien hij desondanks is vertegenwoordigd door de bestuurder, tenzij de wederpartij wist of behoorde te weten van het aanwijzingsbesluit. Vgl. art. 3:61 lid 2 BW, waarover nader W.J.M. van Veen, a.w. (vorige noot), p. 96.

Een relevant aspect is ook de reikwijdte van het tegenstrijdig belangrecht in het rechtspersonenrecht. Op dit punt heeft de Hoge Raad geoordeeld dat niet in alle gevallen waarin een bestuurder een rechtshandeling verricht met zichzelf of een ander waarbij hij nauw is betrokken, de tegenstrijdigbelangregeling van toepassing is. Doorslaggevend is of de bestuurder een zodanig loyaliteitsconflict heeft dat hij niet geacht kan worden met de vereiste integriteit de belangen van de vennootschap te kunnen behartigen.⁵¹ Een standpunt waarin ik mij goed kan vinden.⁵²

Hiermee heb ik niet willen zeggen dat de kritiek op de huidige lijn in de jurisprudentie geheel onterecht is. Wel ben ik van mening dat de kritiek zich ten onrechte richt op de externe werking. Mijn indruk is dat het ongenoegen over het huidige tegenstrijdig belangrecht is terug te voeren op uitspraken van de Hoge Raad waarin een beroep op onbevoegdheid wegens een tegenstrijdig belang werd gehonoreerd, hoewel de vennootschap werd vertegenwoordigd door een bestuurder die tevens enig aandeelhouder was van de vennootschap.

In deze gevallen speelde de situatie dat de bestuurder op grond van de statutaire regeling niet bevoegd was tot vertegenwoordiging in tegenstrijdigbelangsituaties. Zoals ik al vertelde, kan in dat geval de bestuurder wel worden gemachtigd om de rechtshandeling te verrichten. Deze machtiging kan steeds worden verleend door een besluit van de algemene vergadering of – tenzij de statuten dit uitsluiten, maar dat komt vrijwel niet voor – door een aandeelhoudersbesluit genomen buiten vergadering.

In de genoemde uitspraken draaide het om dit gegeven: Als de bestuurder tevens enig aandeelhouder is van de vennootschap – en dus de persoon is die de onbevoegdheid kan opheffen –, moet dan onverkort worden vastgehouden aan het uitgangspunt dat de bestuurder onbevoegd is tot vertegenwoordiging in tegenstrijdigbelangsituaties? De Hoge Raad is inderdaad van oordeel dat dit moet. Bij gebreke aan een statutaire machtiging, kan de bestuurder de vennootschap slechts vertegenwoordigen als de algemene vergadering daartoe een expliciet besluit heeft genomen. Dit oordeel doet de Hoge Raad rusten op het beschermingskarakter van de regeling.⁵³

Het gevolg van deze uitspraken is dat indien de bestuurder enig aandeelhouder is van de vennootschap, hij in hoedanigheid van aandeelhouder een besluit moet nemen waarbij hij zichzelf uitdrukkelijk machtigt om in hoedanigheid van bestuurder de rechtshandeling te verrichten. Laat hij dit na, dan is hij onbevoegd.

Aangenomen moet worden dat dit vereiste meebrengt dat op grond van art. 3:69 lid 2 jo. art. 3:78 BW ook een bekrachtiging moet berusten op een expliciet door de algemene vergadering of aandeelhouders buiten vergadering genomen besluit. In deze zin Hof Leeuwarden 6 oktober 2004, *JOR* 2004/323. Indien het een rechtshandeling betreft met de enig aandeelhouder, dient dit besluit ingevolge art. 2:137/247 BW bovendien op schrift te wor-

51. HR 29 juni 2007, *NJ* 2007, 420 m.nt. Ma (Bruil Kombex Arnhem). Hiermee heb ik overigens niet willen zeggen dat ik het op alle punten eens ben met dit arrest. Zie hierna ook de opmerkingen op p. 20.

52. Vgl. reeds mijn bijdrage in *Ondernemingsrecht* 1999, a.w. (noot 49), p. 93 rk.

53. Zie HR 9 juli 2004, *NJ* 2004, 519 m.nt. Ma (Duplicado/Goedkoop q.q.); HR 14 juli 2006, *NJ* 2006, 570, m.nt. Ma (ABN AMRO BANK/Dijkema qq).

den gesteld. Bekrachtiging kan overigens ook geschieden door degenen die op grond van de statuten bevoegd zijn tot vertegenwoordiging in geval van tegenstrijdig belang. In dat geval dient echter ingevolge het arrest HR 3 mei 2002, *NJ* 2002, 393 m.nt. PvS (Joral/Brandao), de algemene vergadering van het voornemen tot bekrachtiging tijdig op de hoogte te worden gebracht en in de gelegenheid te worden gesteld een bijzondere vertegenwoordiger aan te wijzen. Over dit ‘aanwysrecht’ van de algemene vergadering kom ik nog te spreken.

Vanuit vennootschapsrechtelijk oogpunt kan ik wel enig begrip opbrengen voor deze uitspraken, in die zin dat ook bij de vennootschap met een bestuurder enig aandeelhouder sprake kan zijn van een tegenstrijdig belang. Het uitgangspunt in ons rechtspersonenrecht is immers dat de rechtspersoon een eigen belang heeft, dat moet worden onderscheiden van het belang van degenen die bij de rechtspersoon zijn betrokken. Desondanks vind ik dat de Hoge Raad op dit punt geen goede lijn heeft gekozen. Zijn benadering gaat te zeer uit van het vennootschapsrecht en is te formalistisch.

Mijn kritiek richt zich vooral op de eis dat de machtiging expliciet moet zijn verleend. Stel bijvoorbeeld dat de algemene vergadering in het kader van een herstructurering heeft goedgekeurd dat een financieringsovereenkomst wordt aangegaan met de bestuurder. Als dan vervolgens de bestuurder de overeenkomst namens de vennootschap met zichzelf sluit, ligt het dan – gesteld dat de statuten de bestuurder de bevoegdheid tot vertegenwoordiging onthouden voor deze situaties – gezien de strekking van de regeling voor de hand dat de vennootschap zich op het standpunt kan stellen dat zij aan de overeenkomst niet is gebonden omdat er geen expliciet machtigingsbesluit is geweest?

Mijns inziens is dit niet het geval. Als de algemene vergadering – het tot het verlenen van machtiging bevoegde orgaan – met het verrichten van de rechtshandeling met de bestuurder heeft ingestemd, is het risico op een onzuivere belangenbehartiging door de bestuurder ondervangen. Het maakt dan niet veel verschil meer door wie de vennootschap wordt vertegenwoordigd. Door in te stemmen met het verrichten van de rechtshandeling is impliciet machtiging verleend tot het verrichten van de rechtshandeling. Het verlangen van een expliciet machtigingsbesluit dient in deze situatie geen redelijk doel.

Wel is de bevoegdheid van de bestuurder dan beperkt tot het aangaan van de rechtshandeling zoals door de algemene vergadering is goedgekeurd. De situatie is in zoverre vergelijkbaar met de vermogensrechtelijke regeling waarin is opgenomen dat de lasthebber ondanks een tegenstrijdigbelangsituatie bevoegd is tot vertegenwoordiging indien de rechtshandeling zo nauwkeurig is omschreven dat een belangenconflict is uitgesloten (art. 3:68, 7:416, 417, 418 lid 1 BW).

Het is daarom naar mijn mening juister om als uitgangspunt te nemen dat de machtiging, die ook als een rechtshandeling van de vennootschap kan worden aangemerkt, besloten kan liggen in een ander besluit, mits genomen door degenen die de onbevoegdheid tot vertegenwoordiging kunnen opheffen.

Dit is allereerst de algemene vergadering. Daarnaast kan dit ook geschieden bij aandeelhoudersbesluit buiten vergadering, mits de statuten dit toestaan. Indien de vennootschap een raad van commissarissen heeft, kan ook de raad van commissarissen als regel de

machtiging verlenen. Deze benadering heeft ook gevolgen voor bekrachtiging. Als voor het verlenen van de machtiging een expliciet besluit is vereist, geldt dit ook voor de bekrachtiging. In mijn opvatting kan een bekrachtiging bijvoorbeeld ook besloten liggen in een ander besluit, zoals een besluit tot statutenwijziging. Het gaat mij overigens te ver om aan te nemen dat door een statutenwijziging waarbij de bevoegdheid tot vertegenwoordiging aan het bestuur wordt toegekend in tegenstrijdigbelangsituaties, alle tegenstrijdigbelangtransacties geacht kunnen worden te zijn bekrachtigd. Voor bekrachtiging is wel vereist dat voldoende duidelijk is dat en welke transacties de algemene vergadering door het besluit heeft willen bekrachtigen.

In het zojuist door mij gegeven voorbeeld was sprake van een duidelijk aandeelhoudersbesluit, al dan niet in vergadering genomen, dat niet expliciet op het verlenen van machtiging was gericht. Men zou dit een expliciet besluit kunnen noemen waarin impliciet een machtiging ligt besloten.

Een andere kwestie is of de machtiging een expliciet besluit vergt, zoals de Hoge Raad aanneemt. Ik voeg hier aan toe dat mij in dit verband niet geheel helder is wanneer er sprake is van expliciet besluit en wanneer sprake kan zijn van een impliciet besluit. Belangrijker is dat de Hoge Raad het kennelijk niet voldoende acht dat de rechtshandeling op schrift wordt aangegaan en namens de rechtspersoon wordt ondertekend door haar bestuurder die tevens enig aandeelhouder is. Over dit standpunt wil ik het daarom hebben.

Wat in deze situatie aan de orde is, is dat de rechtshandeling voor de vennootschap wordt ondertekend door de persoon die bevoegd is om een eventuele vertegenwoordigingsonbevoegdheid wegens tegenstrijdig belang op te heffen. Ik voeg hier aan toe dat voor het totstandkomen van een machtiging als regel niet meer is vereist dan dat de enig aandeelhouder zijn wil daartoe op schrift stelt.⁵⁴

De te beantwoorden vraag is dan ook of de wederpartij van de vennootschap er op mag vertrouwen dat een eventuele statutaire onbevoegdheid is geheeld, in het geval dat de bestuurder/enig aandeelhouder schriftelijk zijn instemming betuigt met het tot stand komen van een overeenkomst. De enig aandeelhouder is immers de persoon die bevoegd is om de vennootschap door machtiging of bekrachtiging aan de desbetreffende rechtshandeling te binden. Benadert men deze vraag vanuit het vermogensrecht, dan komt – als in deze handeling al geen (impliciete) machtiging kan worden gezien, waarover hierna – toepassing van art. 3:61 lid 2 BW als eerste voor toepassing in aanmerking, zoals ook in één van de genoemde procedures is aangevoerd. Is hier sprake van aan de vennootschap toe te rekenen schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid gewekt? Ik aarzel niet om deze vraag bevestigend te beantwoorden. De handelende persoon handelt op naam van de vennootschap en heeft – door de machtiging of bekrachtiging – de bevoegdheid om de vennootschap te verbinden. Het gaat niet aan dat de vennootschap zich dan in een later stadium op het ontbreken van een expliciet aanwijzingsbesluit kan beroepen.

Steun voor dit standpunt kan overigens worden ontleend aan arresten van de Hoge Raad inzake de naamloze vennootschap Frank Liberty.⁵⁵ In deze arresten erkende de

54. HR 10 maart 1995, *NJ* 1995, 595 m.nt. Ma (Janssen pers).

55. HR 4 juni 1976, *NJ* 1977, 336 (Liberty II) en HR 21 april 1978, *NJ* 1978, 453 m.nt. B.W. (Liberty III).

Hoge Raad dat de vennootschap ondanks het ontbreken van vertegenwoordigingsbevoegdheid wegens het ontbreken van de daartoe vereiste (statutaire) machtiging van een ander orgaan⁵⁶, toch kan zijn gebonden indien door een persoon die in het tot het verlenen van machtiging bevoegde orgaan overwegende zeggenschap heeft, de schijn van instemming is gewekt. De gewekte schijn moet dan aan de vennootschap worden toegerekend, aldus de Hoge Raad. Welnu, in het geval dat de bestuurder/enig aandeelhouder een rechtshandeling aangaat waarbij een tegenstrijdig belang aan de orde is, kan weinig twijfel bestaan dat de schijn van instemming is gewekt door de persoon die overwegende zeggenschap heeft in het orgaan dat bevoegd is de vereiste machtiging te verlenen. Ook op basis van deze jurisprudentie had het voor de hand gelegen dat de Hoge Raad gebondenheid van de vennootschap in de genoemde tegenstrijdigbelangarresten had aangenomen.⁵⁷

Men kan zich nog de vraag stellen of het voor het goed functioneren van regels van het vennootschapsrecht noodzakelijk is om aan de eis van een expliciet aanwijzingsbesluit vast te houden. In dit kader is relevant dat – zoals reeds aan de orde is geweest – voor het totstandkomen van een aandeelhoudersbesluit in een eenpersoonsvennootschap als regel voldoende is dat het schriftelijk is vastgelegd.⁵⁸ Op zichzelf had daarom de Hoge Raad vanuit vennootschapsrechtelijk oogpunt ook kunnen overwegen dat mits de rechtshandeling op schrift is gesteld en door de bestuurder/enig aandeelhouder is getekend, de vereiste instemming of machtiging geacht kan worden te zijn verleend.⁵⁹

De te beantwoorden vraag in dit verband is uiteindelijk of altijd aan een strikte scheiding van hoedanigheden moet worden vastgehouden. In dit verband wijs ik ook op de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot flexibilisering van het BV-recht. Hierin wordt het standpunt ingenomen dat als de jaarrekening door alle bestuurders is ondertekend en deze alle aandeelhouders zijn, hierin tevens een aandeelhoudersbesluit buiten vergadering tot vaststelling van de jaarrekening kan worden gezien.⁶⁰ Deze benadering leent zich mijns inziens ook voor toepassing in een

56. Voor de goede orde merk ik op dat dergelijke goedkeuringsregelingen ook een beschermingskarakter hebben. Zie HR 29 november 2002. *NJ* 2003, 455 (Berghuizer Papierfabriek).

57. Ik voeg hier aan toe dat de eis van expliciete machtiging niet voortvloeit uit de tekst, wetshistorie of systematiek van de tegenstrijdig belangregeling in het vermogensrecht of Boek 2 BW. Hierop is ook gewezen door J.M. Blanco Fernández, *Tegenstrijdig belang en de Hoge Raad*, *Ondernemingsrecht* 2008, p. 418.

58. HR 10 maart 1995, *NJ* 1995, 595 m.nt. Ma (Janssen pers).

59. De schriftelijkheidseis wordt ook in art. 2:137/247 BW gesteld. Voorts wordt een schriftelijkheidseis gesteld voor de instemming met een tegenstrijdigbelangtransactie in de regeling voor opdracht (lastgeving), voorzover het betreft een door een natuurlijk persoon/consumant gegeven last (art. 7:416 lid 3/417 lid 2 BW). In andere gevallen kan de instemming vormvrij worden gegeven. Het niet-naleven van deze bepalingen leidt overigens slechts tot vernietigbaarheid. Zie ook T.M. Parl. Gesch. Boek 7 (Inv. 3,5 en 6), p. 345 jo. 343.

60. MvT, *Kamerstukken II* 31 058, nr. 3, p. 76 en 89. Denkbaar is dat het besluit nietig is of wordt vernietigd. In dat geval moet het antwoord op de vraag of de vennootschap is gebonden mijns inziens worden beheerst door art. 2:16 BW: als de wederpartij wist of behoorde te weten van het gebrek dat aan het besluit kleefde is de vennootschap niet gebonden.

casus als de onderhavige. Bezien vanuit het door de regeling te beschermen belang zie ik hier geen bezwaren tegen: Omdat de aandeelhouder tevens bestuurder is, is hij immers volledig geïnformeerd over de transactie.

Het is mijns inziens het overwegen waard dit uitgangspunt in de wet op te nemen. Met een dergelijke regeling kan vorm worden gegeven aan een regeling voor de zogenoemde aandeelhouder-bestuurde vennootschap. Voor deze aanpak is gekozen in Aruba, waar in de regeling voor de vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (VBA), een bepaling is opgenomen die zakelijk weergegeven inhoudt dat alle besluiten van de algemene vergadering kunnen worden genomen in het bestuur, mits elke stemgerechtigde aandeelhouder tevens bestuurder is van de vennootschap en aan de overige voorschriften die gelden voor het nemen van het besluit door algemene vergadering is voldaan. Zie art. 44 lid 5 Landsverordening VBA.

Samenvattend is er mijns inziens ook vanuit rechtspersonenrechtelijk perspectief geen noodzaak om voor de machtiging een expliciet besluit te eisen.

Wellicht schuilt achter de gedachtegang van de Hoge Raad dat hij meent dat de aandeelhouder, indien gesteld voor de eis om zichzelf alsnog machtiging te verlenen om de rechtshandeling te verrichten, door het verwisselen van petten opeens een andere mening zou hebben over de wenselijkheid van de transactie. Als dit de gedachtegang is, dan lijkt mij die kans verwaarloosbaar klein en niet opwegen tegen de belangen van de wederpartij bij de verwachtingen die door het optreden van de bestuurder/aandeelhouder zijn gewekt.

Dat ook de Hoge Raad met de gevolgen van zijn uitspraken in de maag zit, blijkt wel uit het arrest HR 29 juni 2007, *NJ* 2007, 420 m.nt. Ma (Bruil Kombex Arnhem). Als de bestuurder tevens aandeelhouder is en hij een rechtshandeling verricht met een andere vennootschap waarin hij tevens aandeelhouder is, overwoog de Hoge Raad in dit arrest dat de tegenstrijdig belangregeling als regel toepassing mist. Dit is zo, aldus de Hoge Raad, omdat de belangen van de bestuurder/aandeelhouder en de betrokken vennootschap dan nauw zijn verweven. De verstrengeling is dan zo innig, dat de bestuurder wel voor beide vennootschappen een 'win-win' situatie zal nastreven, zo lijkt de gedachte. Hierbij teken ik aan dat in de desbetreffende casus de bestuurder slechts in één van de betrokken vennootschappen 100% aandeelhouder was en in de andere die hij vertegenwoordigde met nog twee anderen aandeelhouder was, zodat het niet vanzelfsprekend is dat de bestuurder beide vennootschappen even lief heeft. De Hoge Raad gaat in dit arrest zelfs zover dat in die gevallen een statutaire tegenstrijdigbelangregeling waarbij vertegenwoordigingsbevoegdheid wordt onthouden (of althans niet wordt toegekend), buiten beschouwing moet worden gelaten, omdat met de benoeming van de bestuurder kennelijk is beoogd dat de bestuurder de belangen van beide vennootschappen zal behartigen. Het lijkt er dan toch wel veel op dat in de benoeming in wezen tevens een machtiging wordt gezien. Dit is dan kennelijk toch een *impliciet* machtigingsbesluit. Omdat de machtiging niet is beperkt tot een of meer specifieke transacties, heeft zij bovendien een nogal ruime reikwijdte. Op deze punten is deze uitspraak niet consistent met de eerdere jurisprudentie van de Hoge Raad. Of de Hoge Raad ook in andere gevallen van het vereiste van een expliciet machtigingsbesluit zal afstappen, is de vraag.

Een ander punt is dat de Hoge Raad heeft aangegeven dat de vennootschap moet aantonen dat de besluitvorming op *inhoudelijk ondeugdelijke* wijze tot stand is gekomen, alvorens de vennootschap zich in deze gevallen op de tegenstrijdigbelangregeling kan beroepen.

Hierin lijken elementen uit de ‘business judgment rule’ te worden toegepast.⁶¹ Dit leerstuk is echter ontwikkeld in relatie tot bestuurdersaansprakelijkheid en de vraag is of het zich ook leent in relatie tot het antwoord op de vraag of de vennootschap zich jegens de wederpartij op onbevoegdheid kan beroepen. Ik meen dat dit niet juist zou zijn. Of inhoudelijk de besluitvorming deugdelijk tot stand is gekomen, is een kwestie die zich aan het oordeel van de wederpartij onttrekt en die zich ook niet goed leent voor het uitvoeren van een onderzoeksplicht. De wederpartij kan hiermee redelijkwijls niet worden belast. Of de besluitvorming inhoudelijk deugdelijk was, is ter vaststelling van interne aansprakelijkheid een bruikbaar criterium, maar niet ter bepaling of de vennootschap zich jegens de derde op vertegenwoordigingsonbevoegdheid kan beroepen. Voor gebondenheid van de vennootschap zou bij onbevoegdheid – buiten gevallen van gewekte schijn van machtiging – uitsluitend relevant moeten zijn of de wederpartij wist of (mijns inziens zonder eigen onderzoek)⁶² behoorde te weten dat sprake was van een tegenstrijdigbelangsituatie.

Als de Hoge Raad minder formalistisch te werk was gegaan en zich dus meer had laten leiden door vermogensrechtelijke noties, zoals met name gewekte schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid, dan had dat mijns inziens tot bevredigender resultaten geleid. De externe werking van de tegenstrijdigbelangregeling zou dan ook veel minder verzet hebben opgeroepen.

Dit verzet heeft inmiddels geleid tot een ontwerp voor een nieuwe wettelijke regeling waarvan de strekking is dat de tegenstrijdigbelangregeling geen externe werking meer kan toekomen. Mede gezien de eerder besproken tegenstrijdigbelangregeling in het vermogensrecht, zou het onlogisch en inconsistent zijn deze mogelijkheid af te sluiten. Mijns inziens is het bovendien onwenselijk omdat het rechtspersonen onnodig zou beperken in de mogelijkheden om zich te beschermen tegen het handelen van bestuurders in tegenstrijdigbelangsituaties.

Ook voor het functioneren van regels van rechtspersonenrecht is het beter om de mogelijkheid van externe werking te handhaven. Van externe werking is meer te verwachten ter bevordering van integer en zuiver handelen van bestuurders dan van een louter op aansprakelijkheid gebaseerde regeling. Hierbij speelt een rol dat rechtsgeldigheid van de transactie ook voor de desbetreffende bestuurder – die hierbij immers zelf een belang heeft – centraal zal staan. Een ander punt is dat een handeling onwenselijk en zelfs nadelig kan zijn voor de vennootschap en/of haar aandeelhouders zonder dat dit onmiddellijk tot financiële schade leidt. Een op aansprakelijkheid gebaseerde regeling biedt in deze gevallen geen soelaas.

Hiermee is niet gezegd dat de huidige regeling op alle punten voldoet. Er zijn zeker punten die voor verbetering vatbaar zijn. Een daarvan is, het is al aan de orde geweest, dat het vereiste van een expliciete machtiging of bekrachtiging moet komen te vervallen. Een andere belangrijke aanpassing is mijns inziens dat de regel moet

61. Zie over de business judgment rule o.m. B.F. Assink, Kan de Delaware *business judgment rule* wat betekenen voor het Nederlandse vennootschapsrecht, specifiek het enquête-recht?, *Ondernemingsrecht* 2008, p. 230 e.v.

62. Vgl. o.m. A-G Mok, conclusie *NJ* 1996, 532; L. Timmerman, Tegenstrijdig belang in een concernverhouding, *TVVS* 1996, 145; H.J. de Kluiver, Mediasafe: het eindspel, *WPNR* 1998, p. 616. Zie voorts mijn artikel in *Ondernemingsrecht* 1999, p. 95 r.k en Maeijer in zijn noot bij HR 14 juli 2006, *NJ* 2006, 570 (ABN AMRO BANK/Dijkema qq).

vervallen dat de algemene vergadering altijd een in de statuten gegeven vertegenwoordigingsbevoegdheid kan herroepen. In de praktijk komt dit het functioneren van de regeling niet altijd ten goede. Ook op dit punt is er reden de huidige regeling te herzien en meer flexibiliteit toe te laten.

Het uitgangspunt zou echter moeten zijn dat ook rechtspersonen de mogelijkheid moeten hebben de vertegenwoordigingsbevoegdheid in geval van tegenstrijdig belang toe te kennen, te beperken, of uit te sluiten.

Storting op aandelen

Het derde en laatste onderwerp dat ik aan de orde wil stellen, heeft betrekking op de storting op aandelen. De verplichting tot het volstorten van de aandelen is een verbintenis van de aandeelhouder jegens de vennootschap en net als elke betalingsverplichting vermogensrechtelijk van aard. De stortingsplicht verschilt desondanks op enkele punten van een gewone betalingsverplichting. Dit houdt verband met het feit dat aandeelhouders recht hebben op de winsten die zijn behaald door de vennootschap, maar dat zij niet aansprakelijk zijn voor de schulden van de vennootschap. In ruil voor dit voorrecht moeten zij, met het oog op belangen van crediteuren, risicodragend kapitaal inbrengen. Om zoveel mogelijk te verzekeren dat deze inbreng ook werkelijk ter beschikking komt van de vennootschap zijn verschillende bepalingen in de wet opgenomen die afwijken van algemene regels van vermogensrecht. Zo kan een aandeelhouder niet uit zijn verplichting tot volstorting worden ontslagen⁶³, kan een aandeelhouder zijn verplichting tot volstorting niet verrekenen met een vordering die hij heeft op de vennootschap en komt bij overgang van een niet-volgestort aandeel de verplichting tot volstorting naast de overdrager te rusten op de verkrijger van een aandeel.⁶⁴

In het verlengde hiervan is in de jurisprudentie bepaald dat tal van constructies waarmee partijen uiteindelijk hebben beoogd om geen kapitaal in te brengen in de vennootschap, er niet toe kunnen leiden dat aan de stortingsplicht is voldaan. Een voorbeeld hiervan is dat er vóór oprichting van de vennootschap op haar naam geld wordt geleend en vervolgens met dat geleende geld de aandelen worden volgestort. Als nu de vennootschap na haar oprichting de schuld uit de geldlening op zich neemt, is aan de stortingsplicht niet voldaan. Het bedrag van de storting heeft dan immers feitelijk niet ter beschikking gestaan van de vennootschap.⁶⁵ Dat op deze manier niet aan de stortingsplicht kan worden voldaan, is daarom goed te begrijpen.

Nu komt het in de praktijk regelmatig voor dat al vóór oprichting van de vennootschap ondernemingsactiviteiten worden verricht. De bedoeling van betrokkenen is

63. Wel kan door middel van de kapitaalverminderingprocedure partiële ontheffing worden verleend door het nominale bedrag van (niet-volgestorte) aandelen te verminderen. Zie art. 2:99/208 BW.

64. Art. 2:80/191 en art. 2:90/199 BW.

65. HR 24 maart 2000, *NJ* 2000, 354, m.nt. Ma (WTN). Dat de aanvaarding van de schuld door de vennootschap als een nietige rechtshandeling moet worden aangemerkt, zoals gesteld door de oprichter/aandeelhouder in deze procedure, doet er niet aan af dat het bedrag feitelijk niet ter beschikking is gesteld van de vennootschap.

dan om de onderneming na enige tijd in te brengen in een BV of NV en de onderneming in deze rechtsvorm voort te zetten. De ondernemingsactiviteiten worden dan vóór oprichting van de vennootschap niet zelden verricht onder de aanduiding BV (of NV) ‘in oprichting’. De rechtsvorm van de onderneming wordt dan, ook door de Hoge Raad, aangemerkt als eenmanszaak – als er maar één ondernemer is – dan wel als vennootschap onder firma – als er twee of meer ondernemers bij zijn betrokken.

Stel nu dat met deze activiteiten winst wordt behaald en vermogen wordt opgebouwd. Mag dit vermogen dan worden aangewend om de aandelen vol te storten in de vennootschap, waarin de onderneming wordt voortgezet? Vanuit een oogpunt van de zojuist beschreven regels van vennootschapsrecht zou men verwachten dat hier-
tegen geen bezwaar bestaat, voor zover althans het daarmee gemoeide bedrag maar overeenstemt met het op de aandelen te storten bedrag. Het op de aandelen te storten bedrag is dan immers feitelijk ter beschikking gekomen van de vennootschap.

De Hoge Raad denkt hier echter anders over. Naar zijn oordeel kan in de geschetste situatie met de behaalde winst en/of het opgebouwde vermogen niet aan de stortingsplicht worden voldaan. De Hoge Raad beredeneert dit door te overwegen dat het desbetreffende bedrag aan het toekomstige vermogen van de vennootschap is onttrokken. Dit is het geval, aldus de Hoge Raad in het zogenoemde Bas-C arrest, doordat de vennootschap na haar oprichting alle rechtshandelingen die op naam van de vennootschap in oprichting zijn verricht, als de hare heeft aanvaard.⁶⁶ Hierdoor verkrijgt de vennootschap, aldus de gedachtegang van de Hoge Raad, het recht op de betalingen die zijn verricht in ruil voor leveringen en diensten die handelend onder de aanduiding BV i.o. zijn verricht.

Beziet men deze denkwijze vanuit het perspectief van het vermogensrecht, dan gebeurt hier iets merkwaardigs. Zolang de vennootschap niet is opgericht, bestaat zij niet. Het vermogen dat handelend onder de aanduiding ‘BV i.o.’ wordt opgebouwd, kan daarom zolang de vennootschap niet is opgericht, niet toebehoren aan de BV. Dit vermogen behoort toe aan degenen die de onderneming drijven: als regel de oprichters die bij de oprichting ook de aandelen nemen. Hierover kan geen twijfel bestaan. Ik voeg hier aan toe dat het in het geval van het Bas-C-arrest ging om een bedrag dat op een bankrekening stond die was gesteld op naam van de BV i.o. Het was niet in geschil dat dit bedrag ook na oprichting van de vennootschap op de rekening van de vennootschap was blijven staan.⁶⁷

Waarom werd hier dan toch gesproken van een ‘onttrekking’ aan het (toekomstige) vermogen van de vennootschap? Het is mij niet duidelijk, omdat het bedrag na oprichting van de vennootschap nog steeds op de bankrekening van de vennootschap stond en niet was teruggeboekt naar de aandeelhouder. Het stond derhalve feitelijk ter beschikking van de vennootschap. Bovendien behoorde het, zoals we zojuist hebben gezien, vóór oprichting tot het vermogen van de aandeelhouder/oprichter. Ook als men aanneemt dat het desbetreffende bedrag door de genoemde aanvaarding van

66. HR 11 juli 2003, *NJ* 2003, 630 m.nt. Ma.

67. Voor de goede orde merk ik op dat het begrip ‘storting’ in dit verband niet te letterlijk moet worden genomen. Uit de memorie van antwoord blijkt dat de minister hierbij de ‘afzondering van het geld ten behoeve van de op te richten vennootschap’ voor ogen stond. Zie *MvA, Kamerstukken II* 15 304, nr. 6, p. 19-20. Met storting is dan ook niet beoogd voor te schrijven dat feitelijk een overboeking van de ene rekening naar een andere rekening ten titel van storting heeft plaats gehad.

alle op naam van de vennootschap i.o. verrichte rechtshandelingen, inderdaad door de vennootschap is verkregen, moet daarom worden vastgesteld dat het aan het vermogen van de aandeelhouder is onttrokken en niet andersom, zoals de Hoge Raad stelt. De uitspraak van de Hoge Raad voldoet, bezien vanuit het vermogensrecht, op dit punt niet aan de regels van de logica. Dit is op zich al een reden waarom het arrest weinig enthousiasme wekt.⁶⁸

De Hoge Raad suggereert nog dat als de desbetreffende handeling waarmee de winst werd behaald waarmee vervolgens de aandelen werden volgestort, niet zou zijn aanvaard door de vennootschap, wel aan de stortingsplicht zou zijn voldaan.⁶⁹ Deze suggestie is mijns inziens niet heel gelukkig. Uitgaande van de gedachtegang van de Hoge Raad dat door bekrachtiging het bedrag van de tegenprestatie aan de vennootschap toekomt, wordt door het nalaten van de bekrachtiging een voordeel aan de vennootschap onthouden. Nu is er mijns inziens in het algemeen geen rechtsplicht om preconstitutieve handelingen te bekrachtigen, maar als dit gebeurt om een voordeel dat aan de vennootschap kan toevloeien te laten toevloeien aan de bestuurders, maken zij gebruik van een 'corporate opportunity'. Uitgaande van de denkfijn van de Hoge Raad doet dit zich voor als de bestuurder bekrachtiging nalaat om daarmee aan zijn betalingsverplichting jegens de vennootschap te kunnen voldoen. De Hoge Raad suggereert dus eigenlijk iets wat niet mag.⁷⁰ Wellicht zal dan de conclusie zijn dat de handelwijze er toe leidt dat aan de stortingsplicht is voldaan, maar dat desondanks sprake is van onbehoorlijk bestuur.⁷¹ Dat de door de Hoge Raad gedane suggestie vanuit vennootschapsrechtelijk perspectief tot fraaie, rafelloze uitkomsten leidt, zou ik dan ook niet willen zeggen.

Indien de bestuurder/aandeelhouder door het nalaten van de bekrachtiging wel aan de stortingsplicht zou kunnen voldoen met het behaalde netto voordeel, verschilt de situatie bovendien materieel niet wezenlijk van het Bas-C arrest. Eigenlijk zou de situatie voor de vennootschap nog wat ongunstiger zijn geweest omdat dan een deel van het bedrag van de tegenprestatie, die immers op rekening van de BV (i.o.) was gestort, aan aandeelhouder had moeten worden terugbetaald aangezien het bedrag van de tegenprestatie hoger was dan het op de aandelen te storten bedrag. De benadering van de Hoge Raad is daarom mijns ziens een te formalistische die aan de betrokken belangen geen recht doet.

Wellicht dat de Hoge Raad zich heeft laten inspireren door een passage in de conclusie van A-G Huydecoper. Deze verklaarde dat de vereiste kapitaalrealiteit hem

68. Zie voor een kritische bespreking ook W.J.M. van Veen, Preconstitutief vennootschappelijk handelen; vragen bij een leerstuk in ontwikkeling, *TvI* 2003, p. 152 e.v.; M.J.G.C. Raaijmakers/A. Bouichi, Hermesen q.q./De Bont: incorporatie van een eenmanszaak in een BV, *AAe* 53 (2004), p. 430 e.v.

69. Zie ro. 3.5.

70. Vanzelfsprekend kan zich de situatie voordoen dat op enig moment nog verplichtingen uit de desbetreffende rechtsverhouding ontstaan waarvoor de vennootschap na bekrachtiging aansprakelijk kan worden gesteld. Als blijkt dat er dergelijke verplichtingen zijn, staat mogelijk de realiteit van de storting en/of de behoorlijkheid van de bekrachtiging ter discussie, maar als de overeenkomst geheel is nagekomen behoeft hierop niet te worden geanticipeerd. In de feiten bij het Bas-C arrest is hieromtrent geen enkele aanwijzing aan te treffen. Dit aspect heeft in de overwegingen van de HR dan ook geen rol gespeeld.

71. Zie A.F. Verdam, Corporate opportunities, diss. KUB 1995, m.n. p. 156 e.v.

lijkt mee te brengen dat aandelen niet kunnen worden volgestort met middelen die ‘rechtstreeks of onrechtstreeks, en geheel of gedeeltelijk, ten laste (komen) van de vennootschap zelf’.⁷² Afgezien van het antwoord op de vraag of in de onderhavige casus het bedrag nu afkomstig was uit het vermogen van de oprichter of de vennootschap, is het de vraag of de regel zoals door de A-G geformuleerd wel bestaat. Bij nadere beschouwing is het vennootschapsrecht doorspekt van voorbeelden waarin vermogen van de vennootschap wordt bestempeld als aandelenkapitaal. Ik noem bijvoorbeeld figuren als stock dividend en bonus aandelen. In beide gevallen wordt vermogen dat toebehoort aan de vennootschap benut om de te plaatsen aandelen vol te storten.⁷³ Deze mogelijkheid bestaat ook met betrekking tot niet-uitkeerbare reserves zoals de herwaarderingsreserve.⁷⁴ Voor de goede orde merk ik op dat wordt aangenomen dat aldus ook – dus zonder inbreng van de aandeelhouders – een tekort in het minimumkapitaal kan worden aangezuiverd.⁷⁵ Naast de hiergenoemde voorbeelden kan bijvoorbeeld ook worden gewezen op het feit dat bij de vorming van een NV/BV door omzetting van bijvoorbeeld een vereniging of coöperatie het vermogen van de rechtspersoon kan worden benut tot volstorting van de bij de leden te plaatsen aandelen. In het wetsontwerp inzake de personenvennootschappen, tot slot, wordt ook tot uitgangspunt genomen dat bij omzetting van een openbare of commanditaire vennootschap met rechtspersoonlijkheid in een BV, met het vermogen van de omgezette vennootschap – die haar identiteit behoudt – de door de vennoten genomen aandelen worden volgestort. Een algemene regel dat aandelen niet kunnen worden volgestort met middelen die ‘rechtstreeks of onrechtstreeks’ afkomstig zijn uit het vermogen van de vennootschap kent ons vennootschapsrecht daarom niet.

Als het in het vennootschapsrecht zo gangbaar is dat aandelenkapitaal wordt gevormd door ‘onttrekkingen’ aan het vermogen van de vennootschap, dan rijst de vraag waarom dan in het geval van Bas-C moet worden aangenomen dat niet is voldaan aan de stortingsplicht terwijl het vereiste minimumkapitaal wel ter beschikking stond van de vennootschap. Waarom zouden vennootschappelijke middelen die zijn verdiend of opgebouwd ná oprichting wél kunnen worden bestempeld tot aandelenkapitaal maar vermogen dat voor de vennootschap is verdiend of gevormd vóór oprichting niet? Ik zie hiervoor (ook) vanuit vennootschapsrechtelijk perspectief geen goede aanknopingspunten.

Ook op andere punten leidt dit arrest tot merkwaardige consequenties. Als het oordeel van de Hoge Raad juist zou zijn, dan zou dat bijvoorbeeld meebrengen dat eventuele winsten die zijn opgenomen om te kunnen voorzien in het levensonderhoud van de ondernemer, ook geacht moeten worden aan het vermogen van de vennootschap te zijn onttrokken. Deze onttrekkingen zouden dan na oprichting aan de vennootschap moeten worden terugbetaald.

Dit alles is inconsistent met de opvatting van ook de Hoge Raad dat een onderneming die wordt gedreven onder de aanduiding ‘NV/BV i.o.’ moet worden aange-

72. Conclusie nr. 12.

73. Zie o.m. Asser-Maeijer 2-III, nr. 106, 133; Van der Heijden/Van der Grinten, Handboek nr. 189.

74. Zie art. 2:390 BW. Hetzelfde geldt ten aanzien van de reserve deelnemingen. Zie art. 2:389 lid 6 BW.

75. Zie Asser-Maeijer 2-III, nr. 106.

merkt als een eenmanszaak of vennootschap onder firma. Een kenmerk van deze rechtsvormen is immers dat de eigenaar c.q. vennoten recht hebben op het in de onderneming opgebouwde vermogen en ten laste van de gemaakte winsten of het opgebouwde vermogen bedragen kunnen opnemen om in hun levensonderhoud te voorzien. Hiermee is niet te rijmen dat na oprichting het vermogen van de eenmanszaak of vennootschap onder firma dat handelend onder de aanduiding BV i.o. is verworven, door bekrachtiging van die handelingen ook in de periode voorafgaand aan de oprichting geacht moet worden aan de BV te hebben toebehoord.

Wellicht ligt aan het Bas-C arrest de gedachte ten grondslag dat het feit dat is gehandeld onder de aanduiding BV i.o. meebrengt dat de oprichter (obligatoir) gehouden is eventuele tegenprestaties die zijn verricht vóór oprichting aan de vennootschap over te dragen. Een aanwijzing hiervoor is de volgende overweging van de Hoge Raad: ‘Aangezien de door Bas-C B.V. i.o. en Océ Nederland B.V. gesloten overeenkomst niet is uitgesloten van de hiervoor in 3.1.(v) bedoelde bekrachtiging van “alle rechtshandelingen (...) die voor de oprichting der vennootschap namens de – toen nog op te richten – vennootschap zijn verricht door de oprichter(s) der vennootschap (...)”, werd Bas-C B.V. immers partij bij de overeenkomst, zodat zij ook rechthebbende werd op het in verband daarmee door de wederpartij aan Bas-C B.V. i.o. overgeboekte bedrag.’⁷⁶ De Hoge Raad legt hier een verband tussen het bekrachtigen van de rechtshandeling en het verkrijgen van recht op het overgeboekte bedrag van de wederprestatie. Dit is mijns inziens niet correct, aangezien de BV rechthebbende wordt op het desbetreffende bedrag door aanvaarding van de tenaamstelling van de bankrekening waarop het is geboekt en dan nog voor zover het saldo overeenkomt met dat bedrag. Wellicht zou kunnen worden gesteld dat door bekrachtiging van de preconstitutief verrichte rechtshandeling, de vennootschap in obligatoir opzicht recht krijgt op de wederprestatie.

Afgezien van het feit dat deze gedachtegang moeilijk te rijmen zou zijn met het standpunt dat de onder de aanduiding BV i.o. gedreven onderneming een eenmanszaak of personenvennootschap is, kan hierbij ook vanuit verbintenissenrechtelijk oogpunt een vraagteken worden geplaatst. Of de vennootschap een aanspraak kan maken op het bedrag van de tegenprestatie is een kwestie die ter vrije beschikking staat van de partijen bij de rechtshandeling. Volgens rechtspraak van de Hoge Raad zijn dit de wederpartij en de onder de aanduiding BV i.o. handelende personen.⁷⁷ Zij bepalen daarom ook welke gevolgen aan ‘bekrachtiging’ door de vennootschap zijn verbonden. Als regel spreken partijen niet af aan wie de tegenprestatie ter beschikking moet komen te staan. Om dan zonder meer aan te nemen dat de handelende persoon het bedrag van de tegenprestatie aan de vennootschap – als deze de handeling bekrachtigt na haar oprichting – zal moeten afdragen, is mij daarom te kort door de bocht.

Het ligt mijns inziens veeleer voor de hand dat, als de overeenkomst vóór oprichting van de vennootschap wordt afgewikkeld, partijen het geobjectiveerde oogmerk hebben dat de tegenprestatie toekomt aan degene die de onderneming drijft. Mede omdat er in de regel geen zekerheid noch aanspraak bestaat dat de vennootschap zal worden opgericht en/of dat deze de desbetreffende rechtshandeling zal bekrachtigen, kan mijns inziens slechts in zeer

76. Ro. 3.5.

77. Zie o.m. HR 17 september 1982, *NJ* 1983, 120 m.nt. Ma (Bonaventura), ro. 3.2; HR 8 juli 1992, *NJ* 1993, 116, m.nt. Ma (Clara Candy), ro. 3.3; HR 11 april 1997, *NJ* 1997, 583, m.nt. Ma (Hemmen), ro. 3.4.

uitzonderlijke gevallen worden aangenomen dat partijen hebben beoogd dat het bedrag of het object van een vóór oprichting voldane wederprestatie door de handelende persoon ter beschikking van de op te richten vennootschap moet worden gehouden.

Aangezien de vennootschap pas na haar oprichting partij kan worden bij deze rechtshandeling, kan zij hieraan geen andere rechten ontfangen dan partijen voor haar geacht kunnen worden te hebben beoogd. Omdat de regels van kapitaalbescherming zijn gericht op het bewerkstelligen dat tegenover het nominale bedrag van de aandelen reële vermogenswaarden staan, is er bovendien vanuit vennootschapsrechtelijk perspectief geen aanknopingspunt om (i) aan te nemen dat met het desbetreffende bedrag niet aan de stortingsplicht kan worden voldaan, noch (ii) te eisen dat de oprichter het desbetreffende met de tegenprestatie gemoeide bedrag (nogmaals) moet doen toekomen aan de vennootschap.

Ter illustratie van waartoe de in het Bas-C arrest uitgezette lijn kan leiden, verwijst ik naar een vonnis van de Rechtbank Arnhem. In de casus die aan dit vonnis ten grondslag lag, wilde een ondernemer zijn eenmanszaak inbrengen in een BV. Het geldt dat hij – via een persoonlijke holding – voor de volstorting had aangewend, was afkomstig van een bankrekening die was gesteld op naam van de eenmanszaak die in de BV werd ingebracht. Dit was voor de rechtbank voldoende om te concluderen dat de aandelen in het kapitaal van de BV waarin de onderneming werd ingebracht, niet rechtsgeldig waren volgestort. Het gegeven dat het gestorte bedrag goederenrechtelijk uit het vermogen van de aandeelhouder was onttrokken, deed hieraan niet af, aldus de rechtbank met verwijzing naar het Bas-C arrest.⁷⁸

In wezen komt dit vonnis er op neer dat de ondernemer/oprichter de aandelen niet kan volstorten met vermogensbestanddelen die gerekend kunnen worden tot het vermogen dat dienstbaar is aan de onderneming, die hem weliswaar toebehoort, maar die in de vennootschap wordt ingebracht. En dat is een absurde situatie. Vermogensrechtelijk is primair relevant of er een vermogensverschuiving ten titel van storting op de aandelen heeft plaats gehad. In de gegeven voorbeelden was dit het geval. Waar het vanuit vennootschapsrechtelijk perspectief om gaat, is of het bedrag dat op de aandelen moet worden gestort na oprichting werkelijk ter beschikking van de vennootschap staat.⁷⁹ Ook hieraan was in de beide genoemde gevallen voldaan.

Of de interpretatie van het Bas-C arrest van de rechtbank in de onderhavige casus de enig juiste is, laat ik terzijde. Met het Bas-C arrest heeft dit vonnis echter gemeen dat voorbij wordt gegaan aan het feit dat aan de verkrijging van het ten titel van storting verkregen vermogen een vermogensverschuiving vanuit het vermogen van de oprichter/aandeelhouder naar de vennootschap ten grondslag ligt, die niet door een terugstorting of anderszins ongedaan is gemaakt. Dit had voldoende moeten zijn voor de constatering dat betaling van het te storten bedrag heeft plaats gehad. In plaats daarvan is met ficties en een onlogische argumentatie geoordeeld dat aan de stortingsplicht niet is voldaan. Mede gezien de ingrijpende consequenties van dit

78. Rb. Arnhem 14 december 2005, *JOR* 2006/174.

79. Overigens lijkt mij het standpunt correct van het Hof 's-Hertogenbosch 12 juli 2001, *JOR* 2001/256, dat aan de stortingsplicht niet is voldaan als ter voldoening aan de stortingsplicht een bedrag wordt aangewend van een op naam van de vennootschap i.o. gestelde rekening, maar de waarde van de handelend onder de aanduiding BV i.o. opgebouwde onderneming zoals ingebracht in de BV per saldo negatief – of althans lager – is dan het nominale bedrag van de geplaatste aandelen.

oordeel – het leidt als regel tot persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder voor de verbintenissen van de vennootschap op grond van art. 2:180 BW⁸⁰ – is dit een geval van zwevend recht waar mijns inziens niet te luchtig over moet worden gedacht.

Deze jurisprudentie is daarom wat mij betreft een goede kandidaat om door de wetgever terzijde te worden gesteld. In de regeling voor de Vennootschap met Beperkte Aansprakelijkheid (VBA) die onlangs door het Arubaanse parlement is aangenomen, is hiervoor bewust gekozen.⁸¹ De herziening van het BV-recht waaraan thans wordt gewerkt biedt een uitgelezen gelegenheid om hier hetzelfde te doen.

Afronding

Ik rond af. Op het raakvlak tussen het vennootschaps- en rechtspersonenrecht enerzijds en het vermogensrecht anderzijds, doen zich interessante vraagstukken voor. Daarvan heb ik er zojuist enkele aan u voorgelegd. De kern van mijn betoog is dat vermogensrechtelijke aspecten die verband houden met vennootschaps- of rechtspersonenrechtelijke verhoudingen, zoveel mogelijk benaderd moeten worden vanuit de vermogensrechtelijke systematiek. Het kan voor het goed functioneren van regels van vennootschaps- en rechtspersonenrecht noodzakelijk zijn om afwijkende regels te formuleren. Naar mijn mening moet dit echter niet te snel worden aangenomen. Aan de hand van enkele voorbeelden heb ik willen illustreren dat het zonder noodzaak loslaten van de vermogensrechtelijke grondslagen, leidt tot rechtsonzekerheid, onbevredigende en soms, ook vanuit vennootschaps- en rechtspersonenrechtelijke optiek, tot onwenselijke en onpraktische resultaten. Ook als er vennootschaps- of rechtspersonenrechtelijke verhoudingen in het spel zijn, moet zoveel mogelijk consistentie en coherentie met het vermogensrechtelijk kader worden nagestreefd. Dit vergt wellicht enige discipline, maar het draagt bij tot transparanter en functioneler recht.

Tot slot

Dames en heren, ter afsluiting van een inaugurele rede is het gebruikelijk dat de orator een dankwoord uitspreekt. Daar heb ik ook alle reden toe. De Vrije Universiteit is een boeiende en dynamische gemeenschap. Elke keer als ik het hoofdgebouw binnenloop, ervaar ik het als een voorrecht om aan de Vrije Universiteit te mogen werken. Ik heb hier gestudeerd, gedoceerd en bestuurd, ben aan deze faculteit gepro-

80. De Rechtbank Arnhem oordeelde dat de bank in de gegeven omstandigheden onrechtmatig had gehandeld door het afgeven van de bankverklaring betreffende de storting op de aandelen en veroordeelde de bank tot betaling van het op de aandelen te storten bedrag aan de curator van de inmiddels failliete vennootschap.

81. In art. 32 lid 3 van de Landsverordening VBA – die op 11 november jl. is aangenomen – is bepaald dat aanvaarding van preconstitutief verrichte rechtshandelingen er niet aan af doet dat het hiermee behaalde netto voordeel kan worden bestemd tot storting op aandelen. Voor de goede orde meld ik dat ik bij het ontwerpen van deze landsverordening nauw betrokken ben geweest.

moveerd en ik heb hier de liefde van mijn leven gevonden. Deze faculteit neemt daarom bij mij een bijzondere plaats in. Dat mij juist hier deze eer ten deel valt, geeft aan mijn benoeming een extra dimensie. Ik zal mij graag voor deze faculteit blijven inzetten.

Ik dank het College van Bestuur van de Vrije Universiteit en het bestuur van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid voor mijn benoeming en het daarmee in mij gestelde vertrouwen. Graag wil ik ook al degenen bedanken die aan de basis van mijn benoeming hebben gestaan. Zonder iemand tekort te willen doen, zijn dat in het bijzonder de collega's Anja Oskamp, decaan van deze faculteit, Arno Akkermans, destijds hoofd van de afdeling privaatrecht en 'last but not least' Bob Wessels. Het is met name aan jullie inspanningen te danken dat deze leerstoel er is gekomen en dat ik hier vandaag mag staan. Ik ben jullie daarvoor zeer erkentelijk.

Waarde Wessels, beste Bob, jij hebt in verschillende stadia van mijn academische leven een rol gespeeld. Niet alleen heb ik als student bij jou nog colleges verbintenissenrecht gevolgd, je was ook, samen met collega Van der Burght, mijn promotor. Een kleine twee jaar geleden heb je het initiatief genomen tot het opzetten van de leergang Fusie en Overname, waarbij je mij hebt betrokken. Dit heeft uiteindelijk geleid tot de instelling van mijn huidige leerstoel. Je hebt op momenten die er toe doen vertrouwen in mij gesteld en daarvoor ben ik je dankbaar. Inmiddels heb je een leerstoel aanvaard aan een andere faculteit, maar dat heeft geen nadelige gevolgen gehad voor onze plezierige samenwerking. Ik spreek de wens uit dat dat nog lange tijd zo zal blijven.

Waarde Van der Ploeg, beste Tymen, in 1990 solliciteerde ik naar de functie van universitair docent bij de sectie vennootschaps- en rechtspersonenrecht, die toen al onder jouw leiding stond. Eerlijk gezegd rekende ik er niet al te zeer op dat ik de baan zou krijgen. Ik had nog niets laten zien op dit rechtsterrein en ik had bovendien aangegeven nog wel twee jaar nodig te hebben voor het afronden van mijn dissertatie-onderzoek, dat betrekking had op de levensverzekering. Ik was daarom blij verrast dat ik werd aangenomen en heb er geen seconde spijt van gehad. Buiten het feit dat we het uitstekend met elkaar kunnen vinden, heb ik heel veel van jou geleerd. Je was en bent altijd bereid om over allerlei onderwerpen op ons vakgebied en daarbuiten te discussiëren en om mijn concepten door te lezen en van waardevol commentaar te voorzien. Ik waardeer dit alles in hoge mate en zie er naar uit nog vele jaren met je te mogen samenwerken.

Collega's van de sectie vennootschaps- en rechtspersonenrecht, het plezier en genoegen dat ik aan het werk aan de VU beleef, heeft niet in de laatste plaats te maken met de uitstekende sfeer binnen de sectie. Er wordt hard gewerkt maar ook veel gelachen. We vormen een goed team en het is mij een genoegen er deel van uit te maken. Er is een persoon die ik graag bij naam wil noemen en dat is Helen Overes. Beste Helen, of het nu gaat om onderwijs, onderzoek of externe opdrachten, het is een waar genoegen om met jou samen te werken. Ik zie met veel plezier uit naar ons volgende gezamenlijke project.

Ik heb het voorrecht om wetenschappelijke werkzaamheden te kunnen combineren met werk in de praktijk. Mijn collega's bij Baker & McKenzie dank ik voor de gele-

genheid om de wetenschap in praktijk te brengen en om praktijkvragen aan een nader onderzoek te onderwerpen. De meer dan voortreffelijke ondersteuning van de bibliothecarissen van kantoor mag hier niet onvermeld blijven. In het bijzonder wil ik ook Mark Bongard bedanken. Beste Mark, van jou heb ik veel geleerd van het vak, maar bovenal dank ik je voor je hartelijkheid en de vanzelfsprekendheid dat ik, naast mijn werk in de praktijk, ruimte krijg om te schrijven.

Dank ben ik zeker ook verschuldigd aan mijn lieve ouders. Ik prijs mij gelukkig dat jullie er vandaag bij zijn. Het is van onschatbare waarde ouders te hebben zoals jullie, die er altijd voor je zijn. Jullie hebben mij vaak voorgehouden te blijven nadenken over datgene waar ik mee bezig ben. Dat heb ik ter harte genomen en ik kan iedereen aanraden hetzelfde te doen. Ik kan uit ervaring vertellen dat u hiervan ook profijt zult hebben bij het klussen in en om het huis en tal van andere werkzaamheden die gemakkelijk uit de hand lopen.

Lieve Sophia,

het moge duidelijk zijn dat ik blij ben met mijn benoeming. Maar als je met iemand door het leven gaat, is uiteindelijk het belangrijkste dat je het samen fijn hebt. Al het andere zou, zonder dat, aan glans verliezen. Ik heb het zeer met je getroffen.

Lieve Pieter, Flora en Willem,

ik had al gezegd dat pappa er vandaag wat vreemd zou uitzien en dat jullie heel lang rustig zouden moeten blijven zitten en luisteren. Dat hebben jullie goed gedaan. Ik ben best een beetje trots dat jullie je eerste college van mij hebben gekregen. Dat is wel wat anders dan een verhaaltje van Pietsika en Wannatoekie. Jullie moeten me later maar eens vertellen wat jullie er van vonden.

Tot slot, geachte toehoorders, dank ik u allen voor uw komst. Wat ontzettend aardig dat u bent gekomen. Ik zie er naar uit u allen bij de borrel nogmaals persoonlijk te bedanken.

Ik heb gezegd.

